دانشگاه تبریز

مطالعات حقوقی معاصر

سال دهم، شماره نوزدهم، پاییز و زمستان ۱۳۹۸

- **مبانی شرعی مسئولیت مدنی دولت در امور فرهنگی**
  اردوان ارژنگ؛ سجاد رسولی جزی
- **بررسی فقهی و حقوقی اختیار صاحب خیار عیب در فسخ و مطالبهٔ ارش در مذاهب اسلامی**
  حمیدرضا بهروزی زاد؛ نجادعلی الماسی
- **مطالعهٔ رعایت قواعد ماهوی اصول دادرسی منصفانه در مقررات نظام‌های حرفه‌ای ایران**
  رضا پرستش؛ سحر خسروی دانش
- **جایگاه و معیار مصلحت در اشتغال اطفال**
  حسین جاور؛ فاطمه منظمی
- **بررسی عوامل و حکم تبدیل وضعیت موقوفه و ادارهٔ آن در فقه و حقوق موضوعهٔ ایران**
  محمدمهدی مقدادی؛ زهره فهیمی
- **رابطهٔ امر به معروف با مصلحت‌های سیاسی نظام اسلامی**
  عبدالحسین رضائی راد
- **واکاوی موضع شورای امنیت سازمان ملل متحد در خصوص جنگجویان خارجی**
  حسن سواری؛ یونس صیدی؛ ناصر سرگران؛ فاطمه موسوی‌زاده جزایری
- **بررسی نشوز زوج و راهکارهای مواجهه با آن**
  مرضیه شعربافچی زاده؛ سهیلا صادقی فسایی؛ طوبی شاکری گلپایگانی؛ هاجر آذری
- **بازخوانی جریان احکام فضولی در اعمال حقوقی إذنی در فقه و حقوق ایران**
  حامد خوبیاری؛ سید محمدصادق طباطبایی
- **کاوشی در سازگاری اعلامیهٔ اسلامی با اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر بر پایهٔ دکترین حاشیهٔ تفسیر**
  مصطفی فضائلی؛ سجاد رضازاده
- **واکاوی فقهی حقوقی تخلف نماینده از حدود اختیارات مربوط به مَهر در نکاح دائم**
  سید محمدمهدی قبولی درافشان؛ سید محمدهادی قبولی درافشان؛ محمدتقی نادی
- **تکفیر؛ از پیشگیری رشدمدار تا توجیه فلسفیِ جرم‌انگاری**
  سجاد دانش آرا؛ سید سجاد کاظمی

بسم الله الرحمن الرحیم

مطالعات حقوقی معاصر

(فقه و حقوق اسلامی سابق)

(نشریه علمی)

سال دهم – شماره نوزدهم

پاییز و زمستان ۱۳۹۸

مطالعات حقوقی معاصر
(فقه و حقوق اسلامی سابق)

نشریه علمی

(نشریه دانشکده ادبیات و علوم انسانی سابق)

صاحب امتیاز: دانشگاه تبریز

مدیر مسئول: دکتر رضا سکوتی نسیمی سردبیر: دکتر ابراهیم شعاریان ستاری

هیأت تحریریه

دکتر محمدعلی اردبیلی:	استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر اسمعیل رحیمی نژاد:	دانشیار دانشگاه تبریز
دکتر ربیعا اسکینی:	استاد پژوهشگاه مفید	دکتر رضا سکوتی نسیمی:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر حیدر باقری اصل:	استاد دانشگاه تبریز	دکتر ابراهیم شعاریان ستاری:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر محمدرضا پاسبان:	دانشیار دانشگاه علامه طباطبایی	دکتر مرتضی شهبازی نیا:	دانشیار دانشگاه تربیت مدرس
دکتر غلامرضا حاجی نوری:	استادیار دانشگاه تبریز	دکتر بیژن عباسی:	دانشیار دانشگاه تهران
دکتر ابوالفتح خالقی:	دانشیار دانشگاه قم	دکتر سید محمدتقی علوی:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر مهراب داراب‌پور:	استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر حسین فخر:	دانشیار دانشگاه تبریز
دکتر احمد دیلمی:	دانشیار دانشگاه قم	دکتر محمدرضا مجتهدی:	استاد دانشگاه تبریز

همکاران علمی این شماره:

دکتر شهرام ابراهیمی، دکتر حسن پاشازاده، دکتر آرین پتفت، دکتر فرهاد پروین، آقای ابراهیم ترابی، دکتر غلامرضا حاجی نوری، دکتر ابوالفتح خالقی، دکتر قدرت‌اله خسروشاهی، دکتر احمد دیلمی، دکتر اسمعیل رحیمی نژاد، دکتر اصغر زیرک باروقی، دکتر رضا سکوتی نسیمی، دکتر حجت سلیمی ترکمانی، دکتر عباس سماواتی، دکتر حسین شریفی طراز کوهی، دکتر حمید عیوضی، دکتر محمدمهدی قبولی درافشانی، دکتر جواد محمودی، دکتر حسین مریدی، دکتر سیدحسین ملکوتی، دکتر حسن موثقی، دکتر آیت مولایی، دکتر یوسف مولایی، دکتر محمد مولودی، دکتر مختار نعم، دکتر رحیم نوبهار، دکتر سیدجواد ورعی

این نشریه براساس مصوبه شماره ۸۹/۳/۱۱/۲۱۹۷۵ مورخ ۱۳۸۹/۷/۶ کمیسیون بررسی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری حائز درجه علمی شده و براساس مجوز شماره ۹۱/۱۲۹۰۸ تاریخ ۱۳۹۱/۵/۳ وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی منتشر می‌شود.

- ویراستار فارسی: ماندانا نعمت‌نژاد
- ویراستار انگلیسی: دکتر داود کوهی
- مدیر اجرایی: عباس یگانه
- نوبت انتشار: دو فصلنامه
- صفحه آرایی: شیرین زمانی
- قیمت این شماره: ۱۰۰۰۰۰ ریال
- تاریخ چاپ: پاییز و زمستان ۱۳۹۸

انتشارات دانشگاه تبریز

این نشریه در «*ایران ژورنال*» نظام نمایه‌سازی مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری به نشانی www.ricest.ac.ir و پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC) به نشانی www.isc.gov.ir نمایه می‌شود.

Email: Tabrizulaw@Gmail.com

نشانی: تبریز، بلوار ۲۹ بهمن، دانشگاه تبریز، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی

کدپستی: ۵۱۶۶۶۱۶۴۷۱، تلفن: ۳۳۳۹۲۲۶۲-۰۴۱ ، نمابر: ۳۳۳۵۶۰۱۳-۰۴۱

❖ مسئولیت صحت مطالب مقاله‌ها با نویسندگان است.

راهنمای تدوین مقاله

ضوابط جدید انتشار مقاله در **نشریه مطالعات حقوقی معاصر** که به تصویب هیات تحریریه رسیده است و از تاریخ اول شهریور ماه ۱۳۹۹ مبنای عمل خواهد بود، بر اساس آیین نامه جدید نشریات علمی مصوب ۱۳۹۸ و شیوه نامه ارزیابی و رتبه بندی نشریات علمی مصوب ۱۳۹۸ و همچنین سیاستهای کلی نشریه تدوین گردیده است.

ضوابط شکلی

۱. حجم مقاله مشتمل بر کلیه‌ی صفحات اعم از عنوان، چکیده (حداکثر ۳۰۰ کلمه)، واژگان کلیدی (بین ۵ تا ۷ کلمه) متن اصلی مقاله، نتیجه و فهرست منابع حداکثر در ۱۰۰۰۰کلمه در قطع A4 خواهد بود.

۲. مقاله بایستی دارای مقدمه شامل طرح مسئله، سوالات، پیشینه، هدف و بیان ساختار اصلی مقاله باشد.

۳. فاصله سطرها به صورت single حاشیه از راست و چپ ۸/۴ ، از بالا۵/۶ و پایین ۶ سانتی‌متر باشد.

۴. عناوین اصلی و فرعی و فصل‌بندی موضوعی باید حاوی نظم منطقی باشد. در عناوین مقاله از روش شماره گذاری عددی استفاده شده و در عناوین فرعی اعداد از راست به چپ نوشته شود.

۵. فرمت ارسالی فایل مقاله Docx Word 2013) یا جدیدتر) خواهد بود.

۶. صفحه اول مقاله مشتمل بر عنوان، چکیده و واژگان کلیدی فارسی، نام نویسنده یا نویسندگان، رتبه علمی آنان، نشانی پست الکترونیکی باشد.

۷. نحوه ارجاع دهی منابع به صورت پاورقی، به صورت شماره های پیاپی و به شرح زیر خواهد بود:

* کتاب: نام، نام خانوادگی، *عنوان کتاب* (بصورت ایتالیک)،ج،(محل چاپ:ناشر، نوبت چاپ، سال)، ص.

نمونه: محمدعلی، اردبیلی، *حقوق جزای عمومی*، ج ۱، (تهران: میزان، چ ۵۴، ۱۳۹۷)، ص ۸۱ .

* مقاله: نام، نام خانوادگی، «عنوان مقاله» (داخل گیومه)، نام مجله، شماره مجله (سال)، ص.

نمونه: کمال الدین، هریسی نژاد، «تأملی در عوامل تأثیرپذیری حقوق نوین ایران از نظام حقوقی رمی- ژرمنی»، مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۲ (۱۳۸۸)، ص ۳۷۵.

* مقاله چاپ شده در کتاب: نام، نام خانوادگی، «عنوان کامل مقاله» (داخل گیومه)، نام و نام خانوادگی گردآورنده یا گردآورندگان کتاب، *عنوان مجموعه مقالات* (به صورت ایتالیک)، (محل چاپ:ناشر، نوبت چاپ، سال)، ص.

نمونه: سید حسین، صفایی، «معامله وکیل به نام خود در حقوق ایران با بررسی تطبیقی» در: حسن، جعفری تبار، *بر منهج عدل: مقالات اهدا شده به استاد دکتر ناصر کاتوزیان*، (تهران: موسسه انتشارات دانشگاه تهران، چ دوم، ۱۳۹۳)، ص ۲۴۶.

* تکرار باواسطه: نام، نام خانوادگی، پیشین ، ص.

* تکرار بی واسطه: همان، ص.

* اگر در تکرار باواسطه علاوه بر منبع مورد نظر، از همان نویسنده، دیگر منابع هم در ارجاعات

پیشین ذکر شده باشد: نام، نام خانوادگی، عنوان مقاله یا کتاب.

* در مورد منابع لاتین، استفاده از عبارت *op. cit* و *Ibid* (به صورت ایتالیک) در ارجاعات بعدی به تناسب با درج شماره صفحه.

* پایان نامه و رساله: نام، نام خانوادگی، *عنوان رساله/پایان نامه* (به صورت ایتالیک)، نام دانشگاه، سال چاپ.

* منبع الکترونیک: نام نویسنده، نام خانوادگی نویسنده، عنوان مقاله، آدرس سایت قابل دسترسی(داخل در علامت< >)

* از ذکر هرگونه القاب و عناوین برای اشخاص در ارجاعات خودداری شود.

۸. فهرست منابع می‌بایست به تفکیک نوع منبع (فارسی/زبان‌های خارجی و کتاب / مقاله/ قوانین / منبع الکترونیک / پرونده‌ها) درج‌شده و به‌صورت اعداد متوالی شماره‌گذاری گردند. نحوه تنظیم فهرست منابع به همان ترتیبی است که برای پاورقی ها ذکر شده است به استثنای اینکه در ذکر منابع نام خانوادگی قبل از نام نویسنده و بدون ذکر شماره صفحه درج خواهد شد.

راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقالات

موضوع	اندازه	نوع فونت
عنوان مقاله به فارسی	Bold 14	B Mitra
اسامی نویسندگان به فارسی	Bold 11	B Mitra
متن چکیده فارسی	*Italic* 13	B Mitra
کلیدواژه فارسی	*Italic* 13	B Mitra
عنوان‌های داخل متن	Bold 13	B Mitra
عنوان های فرعی داخل متن	Bold 12	B Mitra
متن مقاله	۱۳	B Mitra
پانویس فارسی	۹	B Mitra
پانویس انگلیسی	۱۰	Times New Roman
عناوین جداول، نمودارها و شکل‌ها	۱۰	B Mitra
منابع فارسی	۱۳	B Mitra
منابع انگلیسی	۱۱	Times New Roman

راهنمای تنظیم اندازه و قلم چکیده انگلیسی

چکیده انگلیسی		
عنوان مقاله انگلیسی	Bold 13	Times New Roman
اسامی نویسندگان انگلیسی	Bold 11	Times New Roman
عنوان Abstract	Bold 13	Times New Roman
متن چکیده انگلیسی	*Italic* 11	Times New Roman
کلید واژه انگلیسی	13	Times New Roman

فهرست مطالب

عنوان **صفحه**

۱- مبانی شرعی مسئولیت مدنی دولت در امور فرهنگی

اردوان ارژنگ؛ سجاد رسولی جزی ۱-۲۹

۲- بررسی فقهی و حقوقی اختیار صاحب خیار عیب در فسخ و مطالبهٔ ارش در مذاهب اسلامی

حمیدرضا بهروزی زاد؛ نجادعلی الماسی ۳۱-۵۰

۳- مطالعهٔ رعایت قواعد ماهوی اصول دادرسی منصفانه در مقررات نظام‌های حرفه‌ای ایران

رضا پرستش؛ سحر خسروی دانش ۵۱-۷۶

۴- جایگاه و معیار مصلحت در اشتغال اطفال

حسین جاور؛ فاطمه منظمی..... ۷۷- ۱۰۱

۵- بررسی عوامل و حکم تبدیل وضعیت موقوفه و ادارهٔ آن در فقه و حقوق موضوعهٔ ایران

محمدمهدی مقدادی؛ زهره فهیمی ۱۰۳- ۱۳۰

۶- رابطهٔ امر به معروف با مصلحت‌های سیاسی نظام اسلامی

عبدالحسین رضائی راد..... ۱۳۱- ۱۵۵

۷- واکاوی موضع شورای امنیت سازمان ملل متحد در خصوص جنگجویان خارجی

حسن سواری؛ یونس صیدی؛ ناصر سرگران؛ فاطمه موسوی‌زاده جزایری..... ۱۵۷-۱۸۲

۸- بررسی نشوز زوج و راهکارهای مواجهه با آن

مرضیه شعربافچی زاده؛ سهیلا صادقی فسایی؛ طوبی شاکری گلپایگانی؛ هاجر آذری ... ۱۸۳-۲۰۲

۹- بازخوانی جریان احکام فضولی در اعمال حقوقی إذنی در فقه و حقوق ایران

حامد خوبیاری؛ سید محمدصادق طباطبایی ۲۰۳-۲۲۶

۱۰- کاوشی در سازگاری اعلامیهٔ اسلامی با اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر بر پایهٔ دکترین حاشیهٔ تفسیر

مصطفی فضائلی؛ سجاد رضازاده ۲۲۷-۲۵۵

۱۱- واکاوی فقهی حقوقی تخلف نماینده از حدود اختیارات مربوط به مَهر در نکاح دائم

سید محمدمهدی قبولی درافشان؛ سید محمدهادی قبولی درافشان؛ محمدتقی نادی ۲۵۷-۲۹۴

۱۲- تکفیر؛ از پیشگیری رشدمدار تا توجیه فلسفیِ جرم‌انگاری

سجاد دانش آرا؛ سید سجاد کاظمی ۲۹۵-۳۱۶

چکیده‌های انگلیسی..... ۳۱۷-۳۲۸

نشریه علمی مطالعات حقوقی معاصر، سال دهم، شماره نوزدهم، پاییز و زمستان ۹۸، صفحات ۱- ۲۹

تاریخ دریافت: ۹۸/۰۴/۱۵ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۸/۱۲/۰۵

مبانی شرعی مسئولیت مدنی دولت در امور فرهنگی

اردوان ارژنگ[۱]
سجاد رسولی جزی[۲]

چکیده

اگر نهادهای فرهنگی و اجتماعی نتوانند در جهت تأمین حقوق فرهنگی به‌درستی ایفای تعهد نمایند، هنجارهای اجتماعی و ارزش‌های فرهنگی بیش از پیش تحت تأثیر قرار گرفته، تغییرات گسترده‌ای در سبک زندگی سایر اشخاصِ اثرگذار جامعه ایجاد خواهد شد. درواقع نه‌تنها حقوق معنوی و دینی شهروندان تأمین نمی‌شود، بلکه تضییع هم می‌گردد. همین امر مسبب ایراد ضررهای معنوی و فرهنگی غیرقابل جبرانی است. از سوی دیگر، با اینکه در برخی موارد، فرضیهٔ مسئولیت نهادهای اجتماعی دولتی پذیرفته شده، همچنان در موضوعات بسیار مهم دیگری همچون فرهنگ، این فرضیه نیازمند تولید و تبیین نظریه‌های پژوهشی است. به بیان دیگر، وقتی حکومت یا دولتی نظام جامعه و ملتی را به‌دست می‌گیرد، هرگونه سوء جریان در روابط اجتماعی و حقوقی در سطح کلان، ناشی از عدم تدبیر اوست؛ خواه ناشی از وضع مقررات نامطلوب باشد و خواه ناشی از عدم وضع مقررات و انجام ندادن پیش‌بینی‌های لازم. در پژوهش حاضر با روش توصیفی- تحلیلی تلاش می‌شود مبانی فقهی و حقوقی مسئولیت مدنی دولت از قبیل قاعدهٔ لاضرر، نظریهٔ فرض تقصیر و تضمین حق مدلل شود. با توجه به گسترهٔ چگونگی مسئولیت مدنی دولت در امور فرهنگی و نحوهٔ جبران ضررهای معنوی، این پژوهش سعی دارد مبانی این نظریه را در قالبی منظم و واحد درآورد و چالش‌های مرتبط را برای انجام پژوهش‌های بعدی معرفی نماید.

واژگان کلیدی: امور فرهنگی، حقوق معنوی، دولت، مسئولیت مدنی.

---

۱. دانشیار دانشگاه میبد، یزد-ایران (نویسنده مسئول) arzhang1345@gmail.com
۲. دانش‌آموختهٔ کارشناسی ارشد دانشگاه میبد، یزد-ایران sajjad75jaze@gmail.com

مقدمه

با گذر از دورهٔ مصونیت مطلق دولت و پذیرش مسئولیت مدنی برای دولت‌ها در نظام بین‌المللی و حقوق داخلی کشورها، همچنان در برخی حوزه‌ها خلأ قانون‌گذاری و گاه حتی خلأ نظریه‌پردازی برای پذیرش مسئولیت مدنی دولت و حتی حوزهٔ پراهمیت فرهنگ وجود دارد. در دین اسلام نه‌تنها اشخاص حقیقی دارای مسئولیت‌های مختلف اخلاقی، دینی و حقوقی هستند، بلکه اشخاص حقوقی (خصوصی و عمومی) نیز در قبال اعمال خود مسئول‌اند.

در بین نهادهای حقوقی، دولت مهم‌ترین و بزرگ‌ترین نقش را ایفا می‌کند. با توجه به دامنهٔ حقوق و تکالیف دولت در عرصه‌های مختلف اقتصادی، فرهنگی، آموزشی، عمرانی، تعیین مسئولیت این نهاد مهم، امری ضروری و بایسته است. بر اساس آیات متعدد قرآن کریم، نظیر ۴۰ سورهٔ حج و ۱۶۴ سورهٔ آل عمران و بند اول اصل ۳ و بند سوم اصل ۴۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، حکومت در جامعهٔ علوی نمی‌تواند نسبت به امور فرهنگی متساهل و بی‌تفاوت باشد؛ یعنی حکومت اسلامی مکلف است نسبت به حفظ و حراست از فرهنگ اسلامی مردم مسئولیت‌گرا باشد و باید بر مبنای تعالیم و آموزه‌های این دین جهانی از امکانات جامعهٔ اسلامی در جهت توسعه و ترویج فرهنگ اسلامی به‌طورکامل بهره ببرد. امروزه عدم پیش‌بینی راه‌حلی مناسب برای جبران خسارات ناشی از قصور یا تقصیر دولت در مدیریت امور فرهنگی باعث شده است تا خلأ جدی در صیانت از حقوق فرهنگی مردم که قطعاً یکی از مهم‌ترین مصادیق حقوق عامه نیز محسوب می‌شود، احساس گردد. بنابراین به‌نظر می‌رسد نظام حقوقی کشور بایستی در جهت پاسداری از این حق ممتاز ملت و نیز جبران خسارت‌های ناشی از سوء عملکرد دولت در این حوزه گام جدی بردارد.

اکنون پرسش این است که اگر دولت به هر دلیلی نتوانست به حفظ و حراست از فرهنگ اسلامی بپردازد و در اثر آن تسامح و قصور، ضررهای مادی و معنوی به‌بار آید، با چه مبنایی می‌توان دولت را دارای مسئولیت دانست؟ برای مثال اگر دولت به وظایف خود طبق اصل ۳ قانون اساسی عمل نکند (عدم فرهنگ‌سازی سواد رسانه‌ای) و موجب

ضررهای مادی و معنوی به برخی از اقشار جامعه شود، بر چه مبنا و سازوکاری می‌توان دولت را دارای مسئولیت مدنی دانست؟ تئوری مسئولیت مدنی دولت در امور فرهنگی-هنری، نگرش و تحولی تازه در نظام مسئولیت مدنی حقوق ایران محسوب می‌شود که برای ایجاد جامعهٔ اسلامی متمدن سعی دارد با بهره‌مندی از مبانی فقهی و حقوقی مسئولیت مدنی دولت، همچون قاعدهٔ لاضرر، فرض تقصیر، قابلیت انتساب، تضمین حق و یا اصل انتظار مشروع، به تولید و تبیین شروط مناسب برای ضمانت اجرای تعهدات و تکالیف دولت در امور فرهنگی بپردازد. کمبود پیشینهٔ پژوهش، گستردگی و ظرافت‌های‌خاصِ امور فرهنگی، حجم وسیع حوادث فرهنگی و خسارات معنوی موجود در عصر حاضر، با پیشگیری و درمان لازم کاسته خواهد شد. با پژوهش حاضر علاوه بر تبیین ضمانت اجرای مسئولیت مدنی در خصوص تعهدات و تکالیف فرهنگی دولت‌ها، بخشی از حقوق ملت در امور فرهنگی و نیز حق بر معنویت و داشتن جامعه‌ای پاک و عاری از مفاسد فرهنگی و اخلاقی احیا خواهد شد.

۱. چیستی امور فرهنگی

در تعریف فرهنگ آمده است: «فرهنگ، نظام‌واره‌ای از باورها و مفروضات اساسی، ارزش‌ها، آداب، الگوهای رفتاری ریشه‌دار و دیرپا، نمادها و مصنوعات که ادراکات، رفتار و مناسبات جامعه را جهت و شکل می‌دهد و هویت آن را می‌سازد» (دبیرخانه شورای عالی انقلاب فرهنگی مصوب ۲۹ آذر ۱۳۸۶). برخی دیگر در توصیف آن می‌گویند: فرهنگ صرفاً ابزاری برای رفع نیازهای انسانی نیست، بلکه فرصتی است که آدمی هویت و توانایی خویش را برای آفرینندگی و بیان بازیابد. فرهنگ به هریک از ما وسایلی می‌دهد تا جایگاه خود را در جهان بیابیم و در برابر اتفاقات واکنش معقولانه‌ای نشان دهیم. در همهٔ کشورها سیاست فرهنگی باید درعمل با مشکلاتی مقابله کند که پیامد نوعی دوگانگی فرهنگی است. امور فرهنگی در کشورهای درحال توسعه باید هم‌زمان فرهنگ بومی را حفظ کند و توسعه دهد و نیز شرایط دسترسی به فرهنگی جهانی را فراهم آورد (ژیرار، ۱۳۷۲، ۹).

از نظر این پژوهش، فرهنگ به مجموعه‌ای از بایدها و نبایدها یا هنجارها و ناهنجاری‌هایی گفته می‌شود که برخاسته از ایدئولوژی یا همان باورهاست. اگر نگاه ما به

جهان صرفاً مادی باشد، باورهای ما نیز همان‌گونه خواهد شد (گیدنز، ۱۳۹۹، ۵۵۹). از این نظر مجموعهٔ بایدها و نبایدهای اسلامی و فقهی به‌عنوان فرهنگ دینی و حتی حقوق معنوی شناخته می‌شوند. در اینجا مراد از امور فرهنگی، تمامی سیاست‌گذاری‌ها، آئین‌نامه‌ها، مصوبات، اقدامات و فرامینی است که از سوی دولت در امور فرهنگی و هنری صورت می‌پذیرد.

۲. چیستی حقوق معنوی

در کشور ما حقوق معنوی در زمرهٔ حقوقی است که معانی مختلفی از آن استنباط شده و بسیاری از علما با ملاک قرار دادن تعریف نظام‌های غربی از این اصطلاح، آن را مرادف با حقوق اخلاقی و حقوق مالکیت فکری قلمداد کرده‌اند (آیتی، ۱۳۷۵، ۳۰)؛ اما می‌توان گفت از منظر اسلام، علاوه بر این، حق‌های دیگری نیز برای انسان جعل شده که از دایرهٔ شمول تعریف غربی از حقوق معنوی خارج است (هـاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ۵۰)؛ نه حقی مرادف با حق فکری است و نه می‌توان آن را همان حق اخلاقی دانست، بلکه مفهومی اعم از آن‌ها دارد و برای حمایت از مـصالح معنوی، فرهنگی و اعتقادی وجود انسان ایجاد شده است (نظری توکلی، ۱۳۹۳). مصادیق تعریف یادشده در برخی مواد و اصول قانونی نظیر اصل ۳ قانون اساسی و مادهٔ ۱۴ قانون آئین دادرسی کیفری وجود دارد. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران طبق نظریهٔ مردم‌سالاری دینی، علاوه بر حقوق مادی، حقوق معنوی ملت (مانند داشتن ایمان، عقیده و کمالات اخلاقی) را نیز مورد توجه قرار داده است و دیگران (افراد دیگر، نهادهای اجتماعی، حکومتی) مکلف شده‌اند بسترهای مناسب را برای اعمال آن‌ها فراهم سازند.

درواقع رشد اخلاقی و رعـایت مـصالح آن، تنها یکی از حقوق معنوی انسان بوده و مصالح معنوی اعـم از رشـد اخلاقی است. بنابراین با درنظر گرفتن متعلقات حقوق معنوی و فرهنگی، رایـج‌تـرین تعریف حق معنوی به‌عنوان حقی مقابل حق مالی است و منظور از آن، حق‌هایی است که به عین و منافع عین تعلق نگیرد (ر.ک. سنهوری، ۱۹۹۸م، ج۸، ۲۷۸). در برخی تعاریف فقهی آمده است: «حق معنوی، حقی است که نه به عین و نه به ذمه تعلق می‌گیرد و قـسـیم حـــق دینی و حق عینی است» (عـبادی، ۱۴۲۱ق، ج۱، ۱۹۶). برخی

حقوق‌دانان نیز در تعاریف مشابهی معتقدند: «چنانچه متعلق حق، عینی از اعیان خارجیه نباشد یا منفعتی از منافع اعیان یا حق متعلق بـه آنهاـ حـق انتفاعـ نباشد، حق معنوی نامیده مـی‌شـود» (صفایی، ۱۳۸۲، ۳۰۹). بدیهی است که اگر حق مـعنوی از اقـسام حـق عینی باشد، متعلق این حق، مادی خواهد بود و این درحالی است که برخی محققان متعلق حق معنوی را ضـرورتاً غیر مادی و اعتباری می‌دانند (هاشمی، همان، ۳۴۰).

به نظر ما، تقسیم روابط حقوقی مالی بـه حـق عینی یا دینی نمی‌تواند تـمام روابـط حـقوقی و اعتباری را در فقه دربـر گیرد. چـون مواردی از حق مـالی وجـود دارد که نه با حق عینی تناسب دارد و نه با حق دینی، ازجمله برخی حقوقی کـه مـوضوع آن‌ها عمل حقوقی است؛ مانند حق شـفعه، خـیار، فسخ، شـرط و اقـاله کـه نه در تقسیم عین و دین مـی‌گنجند و نه با حق عینی و دینی سازگاری کامل دارند. بسیاری از فقها با توجه به همین نـکته، مـتعلق این اعمال حقوقی را خود عقد می‌دانند (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج۱، ۱۵۷-۱۵۰). بنابراین علاوه بر «حق عینی» و «حق دینی» باید قائل بـه وجـود حـق دیگری هم بود که نه در ذیل ملک و نـه در ذیل دین قـرار مـی‌گیرد و اوصـاف و ویژگـی‌های حـق را در معنای اصطلاحی داراست. برخی از این دسته از حقوق با عنوان «حق شخصی» یا «الحقوق الشخصیه» یاد کرده‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۶، ۴۸).

برخی دیگر از علما و صاحب‌نظران برای حقوق معنوی تعبیر حقوق ذهنی و فکری را به‌کار برده‌اند (جـعفری لنـگرودی، ۱۳۴۶، ۲۲۷). در مواردی نیز برای انـتقال این مـفهوم، در ترکیب «حق معنوی» تـغییراتی داده، از عباراتی مانند «حق مالکیت معنوی» و «حق مالکیت فکری» استفاده می‌کنند (امامی، ۱۳۷۱، ۱۹۳). باید گفت «حق معنوی، سلطه‌ای است که افراد بر یک شیء غیرمادی دارند؛ چه آن شیء، نتیجهٔ تفکر آن افراد بـاشد، یا نـتیجهٔ قـوهٔ تخیل و نوآوری آن‌ها، یا نتیجهٔ فـعالیت ایشان» (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۹). بـه مـوجب تعاریف یادشده، حق معنوی سه حوزه را پوشش خواهد داد: الف) حقوق علمی و ادبی، شامل تألیفات و انواع فعالیت‌های فکری در زمینهٔ علمی، هنری و ادبی، صرف نظر از اینکه در چه قـالبی ارائه می‌شوند؛ اعـم از کتبی، سمعی و بصری، در قالب سی‌دی و نرم‌افزار و غیره.

ب) حقوق تجاری، شامل اعتبار، اسم و علائم تجاری.

ج) حقوق صنعتی، شامل ثبت اختراعات، مدل‌های صنعتی، اشکال بسته‌بندی و طراحی و غیره.

در مجموع باید گفت معنای پیش‌گفته از جامعیت لازم نسبت به مصادیق حق معنوی برخوردار نیست؛ خصوصاً که نسبت به دامنهٔ مفهومی و مصداقی حق فکری نیز اتفاق نظر وجود ندارد و برخی آن را یک حق شخصی می‌دانند (محقق داماد، ۱۳۸۶، ۴۸). در این پژوهش، حقوق معنوی شهروندان همان حق برخورداری از جامعهٔ پرارزش و عالی اسلامی است.

۳. رویکرد مکتب اسلام به فرهنگ

چون فرهنگ‌ها متأثر از ایدئولوژی‌های متفاوت هستند، به همین دلیل نگاه دینی به فرهنگ با نگاه غیردینی تفاوت‌های فراوانی پیدا می‌کند. در این راستا پیرامون رویکرد اسلام توضیحاتی ارائه می‌شود.

فرهنگ اسلامی عبارت است از مجموع اعتقادات، اندیشه‌ها، اخلاقیات، ارزش‌ها، الگوهای رفتاری، سنن و عادت‌هایی که ریشه در قرآن و سنت پیامبر و اهل بیت دارد. فرهنگ لیبرالی، موکول به مردم‌داری است و فرهنگ اسلامی علاوه بر مردم‌داری معطوف به مردم‌سازی نیز می‌باشد. بنابر مبانی بینشی اسلام، دولت برآمده از دین در برابر دین و اعتقادات مردم مسئول است و بر همین مبنا وظایفی دارد. دست‌کم به دلایل زیر حاکم اسلامی نمی‌تواند نسبت به ایمان و اعتقادات مردم بی‌طرف باشد:

الف) دولت دینی مدیون اسلام است و مشروعیت و اقتدار او تابع پیروی از اسلام است. همچنین در تمامی گونه‌های حکومت در اسلام، دولت در برابر دین و اعتقادات مردم مسئول است و وظایفی برعهده دارد.

ب) حاکمان اسلامی زمانی می‌توانند به نام اسلام حکومت کنند که باور مردم نسبت به اسلام پابرجا باشد و مردم به اسلام معتقد باشند؛ چراکه بستر اجرای احکام مردم هستند و اگر قرار باشد مردم به دین و احکام اسلامی اعتقاد یا برای عمل آمادگی نداشته باشند، به هیچ عنوان امکان حکومت اسلامی در این جامعه میسر نیست.

ج) دیـن اسـلام بـا تـوجه به جامعیتی که دارد، دارای کارویژه‌هایی است که حاکم اسلامی با بهره‌وری از آن قادر خواهد بود نظام اجتماعی را سامان بخشد و برای اهداف اساسی حکومت، مردم را در صحنه نگه دارد. بـنابراین در این نگاه، حتی اگر حاکم اسلامی فاقد شرایط اصلی خود باشد، مصالح حکومت ایجاب می‌کند نسبت به ایمان و اعتقاد جامعه‌ای که می‌خواهد بر آنان حکومت کند، بی‌طرف نباشد.

اگرچه نظریهٔ لیبرال دموکراسی بر اساس اصل اصالت لذت، حکومت را اساساً و منحصراً موظف به ادارهٔ بهینهٔ جامعه و تأمین نیازهایی چون رفاه، امنیت و آزادی می‌داند و تأکید می‌کند که هیچ دولتی نمی‌تواند در مقام آموزگار، مفهوم خاصی از خیر و سعادت را در میان مردم تبلیغ کند، از این منظر، وظیفهٔ حکومت چیزی بیش از ایفای نقش خادم، نگهبان، مدیر و داور در جامعه نیست. درمقابل، نظریهٔ مردم‌سالاری اسلامی بر اساس اصل اصالت کمال، هدایت اخلاقی جامعه از طریق بسط و ترویج فضایل اخلاقی در میان آحاد مردم، پرورش ابعاد معنوی افراد و در یک کلام، ایجاد حیات طیبه برای فرد و جامعه را وظیفه و مأموریت اصلی حکومت می‌داند (معمار، ۱۳۸۷). ضمن اینکه نسبت به رفع نیازهایی چون رفاه، امنیت و آزادی بی‌تفاوت نیست، اما این‌ها را مقدمه و وسیله‌ای برای دستیابی حکومت به رسالت اصلی‌اش می‌داند، نه غایت و هدف حکومت.

۴. امکان‌سنجی مسئولیت مدنی دولت

اصل مسئولیت به‌طور کلی در روابط خصوصی افراد جامعه امر پذیرفته‌شده‌ای است و ناشی از اصل عدالت‌خواهی و اخلاق فردی و اجتماعی و اصول و قواعد حقوقی است و این اصل حکم می‌کند که هرکسی به دیگری ضرری وارد کند باید از عهدهٔ جبران خسارت آن برآید. اما سخن این است که آیا در مورد سازمان‌های عمومی هم می‌توان این اصل را پذیرفت؟ به‌طور کلی نظریهٔ مسئولیت مدنی دولت اندیشهٔ جدیدی است و تا نیمهٔ نخست قرن نوزدهم میلادی بر اساس مقررات اغلب کشورهای جهان، خسارت‌هایی که از ناحیهٔ دولت متوجهٔ اشخاص می‌شد، غیرقابل جبران بود و این اصل عدم مسئولیت را نتیجهٔ منطقی اصل حاکمیت دولت می‌دانستند. درواقع بر این باور بودند که اصل حاکمیت مطلق با جوابگویی دولت و جبران خسارت از جانب او منافات دارد. ولی با توسعه و تحول اندیشه‌های

حقوقی، حقوق‌دانان عدم مسئولیت مدنی دولت را با عدالت و انصاف ناسازگار دانستند؛ به‌گونه‌ای که امروزه تقریبا در تمامی کشورها مسئولیت مدنی دولت پذیرفته شده است (زرگوش، ۱۳۸۹، ج۲، ۱۵۱).

۱,۴. دیدگاه مخالف

انگاره‌ای وجود دارد که مسئولیت مدنی دولت را برنتافته، به این دلیل که درنظر گرفتن این نوع مسئولیت برای دولتْ تالی فاسدی دارد و اگر برای هر عملِ شخص دولتی بخواهیم مسئولیت حقوقی قائل شویم، دیگر هیچ فردی حاضر به پذیرش مسئولیت‌های دولتی و حکومتی خصوصاً در امور فرهنگی نخواهد بود و جامعه دچار اختلال بیشتری خواهد شد (یزدانیان، ۱۳۹۴). بنابراین می‌بایست با استناد به قواعدی همچون احسان، اضطرار، تحذیر و قوهٔ قاهره، دولت را به معنای عام از پذیرش مسئولیت مدنی معاف دانست (علیشاهی، ۱۳۹۶).

برخی با اشاره به تازه بودن پذیرش نظریه مسئولیت مدنی دولت و اینکه اغلب دولت‌ها تا نیمهٔ اول قرن نوزدهم میلادی مسئولیت دولت را قبول نداشتند و آن را از نتایج منطقی اصل حاکمیت دولت می‌دانستند، دربارهٔ استدلال حقوق‌دانان نوشته‌اند: «اصل حاکمیت مطلق دولت، با جبران خسارت منافات دارد و دولت که حاکمیت مطلق در تمام امور دارد، نمی‌تواند و نباید جواب‌گوی اعمالی باشد که به نام حاکمیت انجام می‌دهد» (عبدالحمید، ۱۳۷۵، ۲۶). این استدلال در مادهٔ ۱۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ نیز مورد قبول واقع شده است؛ به‌گونه‌ای که در قسمت آخر این ماده آمده است: «در مورد اعمال حاکمیت دولت هرگاه اقداماتی که بر حسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به‌عمل آید و موجب ضرر دیگری شود، دولت مجبور به پرداخت خسارت نخواهد بود».

بنابراین نمی‌توان دولت را که بر پایهٔ حق حاکمیت و بهره‌مندی از اقتدار خود در انجام وظایف ذاتی مایهٔ خسارت به فرد یا گروهی شده، مسئول جبران آن شمرد؛ چراکه وقوع خطا و زیان لازمهٔ عادی کار دولت در هریک از قوا و دستگاه‌ها است (مرتضوی، ۱۳۹۶، ۱۱۱).

۲,۴. نقد دیدگاه مخالف

در پاسخ نگرش مخالف گفته‌اند، البته نفی مطلق مسئولیت دولت، ادعای بی‌دلیل و فاقد وجاهت است. اما پذیرش اجمالی آن، و آن‌هم در صورت اهمال و کوتاهی و در فرض ترک وظیفه، در قالب مسببیت و یا مباشرت، از اموری است که از پذیرش آن گریزی نیست. گرچه ممکن است مسئولیت کیفری او مورد تردید و مناقشه باشد، اما مسئولیت مدنی وی مدلل و موجه است. دولت را نیز همانند هر فردی که به دیگران خسارت‌های مادی و معنوی بزند در ایراد خسارت سهیم و دارای مسئولیت مدنی می‌دانیم و از این قاعده مستثنی نیست؛ چراکه از منظر اسلام، دولت مسئول نمی‌تواند نسبت به امور فرهنگی، متساهل و بی‌تفاوت باشد (اصل ۳ قانون اساسی).

گفتنی است که اصل عدم ضمان در موارد اعمال حاکمیت، از نگاه حقوقی با اشکال مواجه است؛ چراکه اگر تأمین منافع عمومی توجیه‌کنندهٔ عدم مسئولیت در اعمال حاکمیت باشد، در برابر آن یکسانی همگان در مقابل هزینه‌های عمومی اقتضا می‌کند هرگاه از کاری که دولت به هدف برآوردن منافع عمومی صورت دهد عدهٔ خاصی زیان ببینند، ضرر نیز باید در میان همه توزیع شود و راه آن نیز جبران خسارت زیان‌دیدگان از سوی دولت است. افزون بر این، نفی ضمان در اعمال حاکمیت، به گسترش لجام‌گسیختگی در بهره‌جویی از قدرت می‌انجامد و ابزار خطرناکی به مأموران و اشخاص دولت می‌سپارد تا در برابر بخش قابل‌توجهی از إعمال زیان‌بار خود مصونیت یابند و این امر چیزی جز اباحهٔ زیان‌رساندن به دیگران نیست؛ امری که با مبانی مسئولیت مدنی و ادلهٔ نفی ضرر ناسازگار است. ازهمین‌رو است که برخی ملاحظات زیادی را متوجهٔ بخش پایانی مادهٔ ۱۱ قانون مسئولیت مدنی می‌دانند. اگرچه بین امور حاکمیتی و تصدی‌گری دولت فرق گذاشته شده، اما امروزه این تمایز رنگ باخته است و به‌هرحال بخش عمده‌ای از کارکردهای کنونی دولت‌ها خودبه‌خود از موضوع اعمال حاکمیتی بیرون‌اند و یا صرف إعمال حاکمیت نمی‌تواند مانع ثبوت ضمان باشد (غمامی، ۱۳۷۶، ۱۱۵).

از سوی دیگر با صرف نظر از دلیل‌های عام مثل قواعد فقهی اتلاف، لاضرر، تسبیب و دلایل خاص مثل ضمان خطای قاضی (اصل ۱۷۱ قانون اساسی) که بر ضمان اقدامات

زیان‌بار دولت دلالت می‌کنند، نوع نگاه به خاستگاه حکومت و مشروعیت آن یا تصرفاتش می‌تواند ثبوت ضمان را در همه یا بخشی از اقدامات دولت به‌عنوان یک سیاست و قانون ممکن سازد (مرتضوی، همان، ۳۸۶).

پس این قول که أعمال قوهٔ مقننه و نمایندگان مجالس قانون‌گذاری و فرهنگی در شمار اعمال حاکمیت و مصون از تعقیب است و درنتیجه اگر به دلیل سخن یک نماینده یا تصویب یک قانون، زیانی متوجهٔ دیگری شود، زیان قابل جبران نیست، امری کلی و عام نیست (همان، ۳۸۳). به بیان دیگر اگرچه مسئولان دولتی حق دارند که در مقام انجام وظایف خود، آزادی و مصونیت‌هایی داشته باشند، اما آن‌ها نمی‌توانند از حقوق خود سوءاستفاده نموده، با ارتکاب خطاهای انضباطی و نقض آئین‌نامه‌های داخلی، به نحو غیرمتعارف، مسبب و مباشر ایراد خسارت‌های معنوی و فرهنگی گردند (زرگوش، همان، ۱۵۱).

البته بنابه نظر برخی حقوق‌دانان هرگاه اشخاص عمومی به اعمال تصدی، خدماتی و اقدامات مشابه اشخاص خصوصی بپردازند، مانند صادرات و واردات کالاها، مخصوصاً کالاهای فرهنگی، خدمات رفاهی و ارتباطی و اینترنتی، هدف و قصدشان اعمال حاکمیت و اقتدار ملی و حکومت نیست، بلکه روابطشان با مردم ازجمله رابطهٔ مسئولیت مدنی دولت همانند اشخاص خصوصی تابع قواعد حقوق خصوصی است. زیرا در این موارد به‌کارگیری قواعد استثنایی حقوق عمومی مبنای واقعی خود را ازدست داده است و با عدالت و تساوی اجتماعی سازگاری ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ۱۷).

۵. مبانی مسئولیت مدنی دولت در امور فرهنگی

۱,۵. مبانی فقهی

۱,۱,۵. قاعدهٔ لاضرر

طبق مفاد این قاعده، انجام هرگونه امور فرهنگی مضر و یا استفاده از رسانه‌ها و ابزار تبلیغاتی ساده و مدرنی که به خود شخص یا دیگران زیانی برساند، یا به هر روشی سبب اذیت و آزار شهروندان گردد یا آنان را در تنگنا قرار دهد، ممنوع است. درواقع به موجب مفاد

این قاعده که مستند به روایت «لاضرر و لاضرار فی‌الإسلام» (کلینی، ۱۳۶۶، باب ضرار) است، هرگونه ضرر نفی شده است؛ خواه نفی ضرر حکمی باشد، خواه موضوعی. چراکه هم حکم ضرری از نظر شارع مقدس منفی است و هم موضوعی که در خارج موجب ضرر خواهد شد. در بعضی از روایات وارده بر نفی ضرر، نفی موضوعی ضرر نیز آمده است. در خصوص معنا و مفهوم ضرر نیز باید گفت با توجه به موارد استعمال واژهٔ ضرر، گاهی در معنای قراردادن دیگری در تنگنا و مشقت به‌کار می‌رود که خود حاکی از نوعی ضرر معنوی است که سمره‌بن جندب بر مرد انصاری وارد می‌کرده است (شریعتی، ۱۳۹۳، ج۱، ۲۹۷-۲۸۸). برخی آن را ضد نفع (ابن منظور، ۱۴۰۹ق، ۳۲۴)، بعضی عدم نفع، گروهی نقض در حق (طریحی، ۱۳۶۷، ۳۳۳) و دسته‌ای سوء حال تفسیر نموده‌اند. راغب اصفهانی پس از آنکه ضرر را به سوء حال معنا می‌کند، می‌نویسد: سوء حال ممکن است به دلیل قلت علم و فضل در نفس انسان یا به علت فقدان عضو یا نقص آن در بدن یا ناشی از نداشتن مال و آبرو باشد (راغب اصفهانی، بی‌تا، ۳۰۰). غرض آنکه هرکدام از معانی در ضررهای معنوی و فرهنگی قابلیت استناد دارد.

باید افزود که قاعدهٔ لاضرر در مقام بیان یک حکم تعبدی نیست، بلکه یک قاعدهٔ عقلانی است که به‌منظور اجرای عدالت اجتماعی و رفع هرگونه ظلم و تجاوز کاربرد دارد (موسوی خمینی، ۱۳۸۷، ۱۴۳؛ نراقی، ۱۴۰۸ق، ۳۲۰).

اگر اقدامات دولت به هر دلیلی به ایراد ضررهای معنوی به شهروندان منجر شود، طبق این قاعده باید دولت در قبال أعمال خود پاسخگو باشد؛ هرچند زمان حاکمیت و مسئولیتش منقضی گردد، خصوصاً اگر در اثر عدم توجه کافی به امور فرهنگی باشد. برای مثال اگر در یک دولت به دلیل عدم توجه کافی در به‌کارگیری مسئولان متعهد به مبانی انقلاب اسلامی، مراسم‌های فرهنگی (نظیر برخی جشنواره‌ها) برگزار شده که بسیاری از هنجارشکنی‌ها، ترویج سبک زندگی غیراسلامی، کوچک‌شماری ارزش‌های دینی و ملی، عادی‌سازی ارتباط با نامحرم، عشوه‌گری و انجام حرکات موزون با موسیقی‌های غیربومی و... دستاورد آن‌ها بوده، این خود ضرری بزرگ بر پیکرهٔ فرهنگ چه در بُعد فردی و چه در بُعد اجتماعی است. به این علت که درنهایت منجر به ایراد ضرر و زیان‌های معنوی و

فرهنگی بسیار مخربی نظیر قبح‌شکنی گناهان اجتماعی در ملأ عام، رواج توهین و بی‌احترامی، حرمت‌شکنی، افسردگی و ازهم پاشیدن بنیان برخی از خانواده می‌شوند و اگر همچنان به‌درستی پیش‌بینی،کنترل و جلوگیری نشوند، باقی خواهند ماند. باید مسئولیت مدنی به‌کارگیری وزرا یا نمایندگان و معاونان ناکارآمد و اقداماتشان را در هر سه حوزهٔ تقنینی، قضایی و اجرایی به تفکیک و به میزان ایراد ضرر برعهدهٔ دولت و حکومت دانست و آن‌ها را با إعمال قاعدهٔ لاضرر به نحو تضامنی مکلف به رفع ضرر و جبران خسارت‌های ناشی از آن زیان‌ها نمود (رستمی، ۱۳۸۸، ۶۹).

۲,۱,۵. قاعدهٔ تسبیب

به موجب این قاعده که مبنای مادهٔ ۳۳۱ قانون مدنی است، هرگاه شخصی با انجام فعلی مثبت یا ترک فعل، زمینهٔ ورود خسارت به افراد جامعه را فراهم نماید، تحت عنوان سبب، ضامن جبران خسارات وارده به زیان‌دیدگان است. بر اساس قاعدهٔ یادشده می‌توان شرایط زیر را برای مسئولیت مدنی دولت در امور فرهنگی نام برد: الف) فعل مثبت. یعنی انجام هر عملی که مقدمهٔ ورود خسارت‌های معنوی و فرهنگی گردد. تفاوت فعل مثبت در اینجا با قاعدهٔ اتلاف در این است که در اینجا بین انجام فعل و حادثهٔ زیان‌بار واسطه‌ای وجود دارد و معمولاً با فاصلهٔ زمانی همراه است. ب) فعل منفی. همان ترک فعل یا عدم انجام هر عملی است که به‌عنوان وظیفه برعهدهٔ مرتکب بوده است. از نگاه اسلام دو وظیفهٔ کلی برای حکومت مطلوب اسلامی تعریف می‌شود: اول وظایف و کارکردهای عمومی، اولیه و بدیهی همهٔ حکومت‌ها مانند تأمین بهداشت، امنیت، رفاه و... دوم، بسط و ترویج فضائل اخلاقی، اعتلای ابعاد معنوی آحاد جامعه و در یک کلام انسان‌سازی، هدایت جامعه به سوی کمال و تأمین مصالح فردی و جمعی مردم. به‌نظر می‌رسد این اصلی‌ترین وظیفهٔ حکومت اسلامی باشد (جمالزاده، ۱۳۸۹، ۵۱). ج) لزوم تقصیر و لزوم انتساب عمل به فاعل. تا شخص عملی غیرمجاز انجام ندهد یا عهده‌دار وظیفه‌ای نباشد، فعل و ترک فعل وی را نمی‌توان به‌عنوان تسبیب منجر به مسئولیت مدنی دانست.

برخی از فقها این قاعده را ضمن قاعدهٔ اتلاف تبیین کردند و معتقدند، در اتلاف، فرد به‌طور مستقیم و حتی در مواردی بدون تقصیر در ایراد ضرر و تلف نقش دارد؛ اما به موجب

مفاد این قاعده، فرد مسبب تلف و ضرر، به‌طور غیرمستقیم و با واسطه منجر به ایراد ضرر شده، دارای تقصیر است (محقق داماد، ۱۳۹۱، ۱۲۰)؛ هرچند برای تحقق مسئولیت مدنی ناشی از امور فرهنگی، تقصیر دولت لازم نیست، اما انتساب عمل و حادثهٔ زیان‌بار فرهنگی به دولت لازم و ضروری است.

در حقوق مدنی و مسئولیت مدنی برخلاف حقوق جزایی و مسئولیت کیفری، موارد زیادی دیده می‌شود که یک فرد برای جبران خساراتی که در ایجاد آن‌ها دخالتی نداشته، مکلف به رفع ضرر شده است. چنین مسئولیتی (مسئولیت بدون تقصیر یا مسئولیت ناشی از فعل غیر) اگرچه خلاف اصل است، اما وجود برخی مصالح اجتماعی و حقوقی، اقتضای وجودی چنین مسئولیتی را موجه می‌سازد (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ۲۲۶). یکی از مبانی مسئولیت مدنی ناشی از عمل دیگری همین قاعده موردبحث است و می‌بایست اشاره کرد که این نوع مسئولیت دارای اقسام گوناگونی است. یکی‌از اقسام مسئولیت مدنی، مسئولیت متبوع ناشی از عمل تابع است که وجود این نوع مسئولیت را در منابع دینی و فقهی نیز می‌توان یافت. برای مثال، سنت معاشرت و إعمال اقتدار پیامبران و امامان معصوم (ع) و پذیرش مسئولیت‌های مدنی کارگزاران و نمایندگان خویش در ایراد ضررهای مادی یا معنوی به افراد جامعه را می‌توان حمل بر وجود مسئولیت مدنی متبوع در حقوق اسلام دانست (یزدانیان، ۱۳۹۱، ۳۶). البته این نوع مسئولیت در متون دینی و فرهنگی با عنوان مسئولیت مدنی شخص آمر مطرح می‌شود که فروض مختلفی در مورد آن قابل تصور است: اجتماع دو مباشر، اجتماع دو یا چند سبب، و اجتماع سبب و مباشر در ایراد ضررهای معنوی (ر.ک. عباسلو، ۱۳۹۴، ۶۷).

۲,۵. مبانی حقوقی

۱,۲,۵. مبنای تقصیر

مطابق مفاد مواد ۹۵۱ و ۹۵۲ و ۹۵۳ قانون مدنی، تقصیر شامل تخلف نمودن از تعهد و التزام قانونی یا قراردادی و همچنین تجاوز شخص به حقوق شخص دیگر برخلاف رفتار متعارف گفته می‌شود. بر اساس این مبنا و نظریه، مسئولیت اشخاص تنها در صورتی محقق

می‌شود که ایجاد خسارت ناشی از تقصیر و خطای فاعل فعل زیان‌بار (در بحث ما دولت) باشد. این مبنا توجه زیادی به فاعل فعل زیان‌بار دارد. این نگرش برای احراز ارتکاب تقصیر، وضعیت شخصی و درونی فرد مرتکب را درنظر می‌گیرد. بنابراین شخص مجنون را در قبال خساراتی که به‌بار می‌آورد، نمی‌توان مسئول دانست. به بیان دیگر، ارتکاب تقصیر از جانب شخص فاقد شرایط و اوضاع درونی بهنجار، همچون فرد فاقد بلوغ، عقل و اختیار موضوعاً منتفی است. با إعمال این مبنا، پس از مدت کمی مشخص شد در بسیاری از مواقع، خسارات بدون جبران باقی می‌ماند و مآلاً بسیاری از افراد مسئولیت مدنی نخواهند داشت. فضای حاکم بر تلقی‌ها، برای جبران نقص‌ها به معیارها و ملاک‌های نوعی و عرفی متمایل شد. یعنی برای احراز ارتکاب تقصیر یک شخص، باید فعل او را با فعل یک شخص متعارف (پدر خوب خانواده) سنجید. به‌عبارتی، اگر خلاف رفتار یک شخص متعارف عمل شده باشد، آن عمل عرفاً قابل ملامت و سرزنش کردن است و شخص مرتکبْ دارای مسئولیت فرض می‌شود (قاسم‌زاده، ۱۳۷۲، ۲۵)؛ در این نظریه اثبات رابطهٔ سببیت می‌بایست از سوی زیان‌دیده صورت گیرد.

عامل زیان می‌تواند ثابت نماید زیان وارده در اثر خطای زیان‌دیده و یا قوهٔ قاهره بوده است و در صورت اثبات از مسئولت مدنی معاف می‌گردد. این مبنای مسئولیت به‌عنوان سیاست اصلی مسئولیت مدنی در بسیاری از نظام‌های حقوقی جهان مانند مادهٔ ۱۳۸۲ قانون مدنی کشور فرانسه پذیرفته شده است (بابایی، ۱۳۹۴، ۱۳۲). این نظریه بر احترام گزاردن بر آزادی‌ها و اعمال حقوق فردی تکیه دارد و بر همین اساس چنانچه افراد طبق آزادی‌های أعمال خود به دیگران خسارت وارد نمایند، مسئولیتی در قبال زیان‌دیده ندارند. بلکه مسئولیت مدنی به شرطی ایجاد می‌شود که افراد از آزادی خود فراتر رفته، با بی‌احتیاطی و تقصیر یا أعمال خلاف مقررات، موجب ایراد خسارت به دیگران شوند.

پس از گذشت مدتی، عیوب و نقص‌های این نظریه آشکار گردید. وجود مشکلاتی نظیر طولانی بودن دادرسی‌ها، هزینه‌های سنگین دادرسی، ناتوانی زیان‌دیده در اثبات تقصیر فاعل فعل زیان‌بار و جبران نشدن بسیاری از خسارات، به شکل‌گیری مبنای دیگری با عنوان خطر یا ریسک منجر شد. در خصوص این مبنا برای بحث ما یعنی مسئولیت مدنی

دولت در امور فرهنگی باید گفت که شایسته نیست این نظریه را مبنای بحث قرار داد، چون اولاً امروزه عیوب این نظریه بیشتر از نفعش است و زیان‌دیدگان برای اثبات تقصیر دولت و نهادهای دولتی که متولی امور فرهنگی هستند، اقدامات بسیار مشقت‌آور و پرهزینه‌ای را می‌بایست انجام دهند و ثانیاً طبق مصاحبه‌ای که از برخی افراد زیان‌دیده (تعدادی از خانواده‌های شهدا و جانبازان در سال ۱۳۹۶) به‌عمل آمد، مشخص شد که آن‌ها با پیش‌فرض قراردادن این نظریه ادامهٔ دادخواهی از دولت را در محاکم متوقف کرده و از حقوق خویش صرف‌نظر نموده‌اند. همین امر برخی از نهادهای فرهنگی و دولت را در ایراد ضررهای فرهنگی و معنوی جسورتر کرده است. بررسی و مطالعهٔ مبانی و نظریات بعدی، این ادعا را ثابت می‌کند.

۲,۲,۵. مبنای خطر

اگر در مبنای تقصیر اصل بر برائت است، تازمانی که تقصیر از سوی زیان‌دیده ثابت نشود مسئولیتی هم ایجاد نمی‌شود. در این مبنا اصل بر مسئول بودن است و تا زمانی‌که مسئول نتواند بی‌گناهی و عدم تقصیرش را ثابت کند، مکلف به جبران خسارات زیان‌دیده است. یعنی مسئولیت اشخاص در مقابل خسارات ناشی از اموال و اشیای تحت حفاظت آن‌ها نیز ایجاد می‌شود. بر اساس این نظریه، معیار و مبنای مسئولیت مدنی فعالیتی است که ایجاد خطر می‌نماید، نه ارتکاب تقصیر. یعنی هر شخصی که در اثر فعالیت خود باعث بروز خطری شود و با محیط خطرناکی که ایجاد کرده به دیگری زیان وارد آورد، مسئول است و لازم‌است جبران خسارت نماید. چنان که پیش‌تر نیز گفته شد، در این مبنا بیشتر بر وجود ضرر و فعل زیان‌بار تأکید می‌شود. ریشه‌های این نوع مبنا را در برخی متون فقهی هم می‌توان یافت (لطفی، ۱۳۹۳، ۳۴). مطابق این نظریه زیان‌دیده تنها باید ورود خسارت و رابطهٔ سببیت بین فعل فاعل و ایراد خسارت را ثابت نماید تا بتوان فاعل را مسئول دانست. با وجود این، نوع مسئولیت بدون تقصیر (مبتنی بر خطر یا فرض تقصیر) هزینه‌ها و اطالهٔ دادرسی‌ها کاسته شد و اثبات رابطهٔ سببیت بین فعل فاعل و ایراد خسارت برای زیان‌دیدگان نیز مسلماً به دلیل فرض تقصیر آسان‌تر بود، اما به دلیل تسریع در رسیدگی‌ها و عدم دقت کافی در مسئول شناختن اشخاص دچار عیوبی مثلِ تعطیلی و رکود کارخانه‌ها و

صنایع‌تولیدی شد و مانع بروز نوآوری‌ها گردید. به این صورت که اشخاص به دلیل ترس از مسئول شدن حاضر به ایجاد کارخانه‌ها، ماشین‌آلات صنعتی و خودرویی نمی‌شدند. در برخی از قوانین نظیر مادهٔ ۱ قانون بیمهٔ اجباری وسایل نقلیهٔ موتوری مصوب ۱۳۴۷ نمونه‌هایی از این نظریه دیده شده است. در خصوص ارتباط این مبنا با بحث ما در پژوهش حاضر باید گفت نمی‌توان به‌طور مطلق این نظریه را پذیرفت، چراکه عیوب آن دامن‌گیر عموم مردم خواهد شد. فرض کنید شخصی حاضر به داوطلب شدن برای به‌عهده گرفتن مسئولیت‌های دولتی و حکومتی نشود که در این صورت مشکلات دیگری به‌وجود خواهد آمد.

به بیان دیگر اگر این مبنا را به‌طور مطلق در مسئولیت مدنی دولت بپذیریم و هر مسئول حکومتی و دولتی را چه مرتکب تقصیر بشود و چه نشود دارای مسئولیت مدنی بدانیم، آن‌گاه کسی حاضر به پذیرش چنین مسئولیت‌های سنگینی نمی‌شود. شایسته است با انجام پژوهش‌های تخصصی دیگری بین فروض مختلفِ این بحث تفکیک قائل شده، حکم هر واقعه مشخص گردد.

با إعمال این نظریه در مسائل فرهنگی و معنوی جامعه، بسیاری از اشخاص تمام امکاناتی را که در اختیار دارند به‌کار خواهند گرفت تا از ایجاد محیط‌های فرهنگی خطرناک‌ـ هم در فضای حقیقی و هم در فضای مجازی‌ـ برای اقشار گوناگون و آسیب‌پذیر جامعه جلوگیری نمایند و یا حداقل اقدامات و پیش‌بینی‌های‌لازم را برای دفع و رفع این مخاطرات پرآسیب به‌عمل آورند. برای مثال اگر شخصی به دلیل آسیب‌های فرهنگی برخی تصمیمات و عملکردهای مسئولان امر نظیر وزارت ارشاد، زندانی شده باشد و همان شخص پس از آزادی دوباره به سراغ همان جرم فرهنگی برود، نشانگر این است که مسئولان فرهنگی مربوطه به‌درستی وظایف و تعهدات خویش را انجام نداده‌اند و یا دچار تسامح و یا تقصیر شده‌اند. در این صورت اگر ضمانت اجراهای کارآمدتری برای تکالیف و تعهدات آن‌ها تولید و تبیین شوند، نه‌تنها از تضییع حقوق فرهنگی شهروندان جلوگیری به‌عمل می‌آید، بلکه با سیاست‌گذاری‌های مناسب و اجرای برنامه‌های فرهنگی به صورت منظم و هدف‌دار، حقوق فرهنگی اقشار مختلف مردم تأمین شده، امنیت فرهنگی و روانی جامعه دوچندان خواهد شد.

۳,۲,۵. تضمین حق

این نظریه برای حقوق زیان‌دیده و تضمین آن از سوی قانون‌گذار اهمیت بیشتری قائل است. طبق این مبنا، هر شخص حق دارد که در محیط اجتماعی خود ایمن و با آرامش زندگی کند و حقوق او تضمین گردد. هیچ شخصی حق ندارد حقوق، آرامش و سلامتی افراد را در محیط‌های اجتماعی به‌خطر اندازد. به همین دلیل به محض اینکه حقوق اجتماعی افراد ازبین رفت و زیانی وارد شد، عامل زیان به جبران زیان ملزم می‌شود و دارای مسئولیت مدنی است.

این نظریه مبنای تشخیص مسئولیت مدنی را اثرپذیر و دنباله‌رو عوامل اجتماعی، فرهنگی، عرف و اصول بدیهی هر جامعه می‌داند. این عوامل در سال‌های اخیر همراه با پیشرفت جوامع انسانی، پیچیده‌تر و مسئله‌سازتر شده‌اند. باورمندان این دیدگاه می‌گویند تحولات اجتماعی و فرهنگی دنیای کنونی ایجاب می‌کند که نهادها و اشخاص اثرگذار جامعه، افراد عضو خود را در مقابل حوادث و خطرهای اجتماعی، فرهنگی و معنوی حمایت کنند.

برخی حقوق‌دانان اظهار داشته‌اند: «هرچند نظریهٔ تضمین حق در ایجاد مسئولیت مدنی نقش مؤثری دارد اما چون در هریک از این نظریات حقیقتی انکارناپذیر وجود دارد و این نظریه نیز همانند مبنای خطر و تقصیر به‌طور انحصاری نمی‌توانند مبنای مسئولیت قرار گیرند» (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۲۴). به نظر این گروه، آنچه اهمیت دارد رسیدن به عدالت است و این مبانی، ابزارهای منطقی و وسایل دستیابی به هدف به‌شمار می‌روند.

اگر این نظریه با قوانین حمایتی و آرای قضایی توسعه یابد در مقام اثبات ادعای این پژوهش، بسیار مفید است.[۱] به موجب این نظریه می‌توان گفت مسئولان دولتی مکلف‌اند حقوق فرهنگی و معنوی افراد حاضر در جامعهٔ خود را فراهم نموده، برای مقابله با اقداماتی که فضاهای مختلف، ارزش‌ها و اصول مسلم جامعهٔ اسلامی را به سخره گرفته یا متزلزل و

۱. دادنامهٔ صادره از شعبهٔ ۱۰۱ کیفری ۲ شهرستان میبد، در مورد عدم پرداخت مالیات و فرار مالیاتی و مجازات جایگزین در امور فرهنگی و دادنامهٔ صادره از شعبهٔ ۱۰۱ کیفری ۲ همان شهرستان، مبنی بر مجازات جایگزین در خرید بسته‌های آموزشی در امور فرهنگی در مورد رانندگی بدون پروانهٔ رسمی.

بی‌اهمیت جلوه می‌دهند، ضمانت اجراهای مناسبی مثل الزام به خرید و تحویل لوازم‌التحریر به اقشار کم‌درآمد یا تأسیس کتابخانه در مناطق محروم و یا الزام مجرم به مطالعه و تحقیق، به‌کار گیرند؛ درغیر این‌صورت، خودْ ضامن خسارت‌هایی خواهند بود که از هنجارشکنی‌ها و نقض حریم‌های مسلم دینی مانند حیا، عفت، غیرت، سبک زندگی اسلامی، عبادت دانستن خدمت‌رسانی به هم‌نوعان و اربابان رجوع در ادارات، قبح شایعه‌پراکنی‌ها و بسیاری از گناهان‌اجتماعی، به عموم افراد جامعه وارد می‌آید (رسولی جزی، ۱۳۹۸، ۱۰۳). نمونهٔ واضح این بیان را در حوادث فرهنگی شهر تهران با عنوان کشف حجاب دختران انقلاب در تاریخ ۶ دی ۱۳۹۶ می‌توان مثال زد که به‌دنبال آن مقام معظم رهبری در تاریخ ۱۷ اسفند ۱۳۹۶ فرمودند: «منطقِ دادنِ حق انتخاب در این باره به مردم نادرست است و [دشمنان] آن‌همه هزینه، فکر و تبلیغات کردند که در نتیجهٔ آن چند دختر فریب بخورند و در گوشه و کنار روسری از سر بردارند و همه تلاش‌هایشان در این نتیجهٔ کوچک و حقیر خلاصه شد که این، مسئله‌ای نیست، و نظام اسلامی با فردی که در خانهٔ خود و در مقابل نامحرم حجاب ندارد، کاری ندارد، اما کاری که در ملأ عام انجام می‌شود در واقع کار و تعلیم عمومی است و برای نظام برآمده از اسلام، تکلیف ایجاد می‌کند. کار حرام، بزرگ و کوچک ندارد و آنچه حرام شرعی است، نباید به صورت آشکار انجام شود، زیرا شارع اسلامی بر حکومت تکلیف کرده مانع انجام حرام علنی شود». این تکلیف برای حکومت به آن علت که از سوی شارع مقدس وضع شده تکلیف شرعی دولت است (مثل آیهٔ ۱۲۵ سورهٔ نحل) و اگر حکومت به این تکلیف عمل نکرد، مشروعیت خویش را ازدست خواهد داد. از این نظر که اصول اولیهٔ قانون اساسی نیز این شریعت را رسمی دانسته، پس جلوگیری از تضییع حقوق فرهنگی شهروندان که در اینجا منظور حق برخورداری از جامعهٔ ایمن و باکمالات است، تکلیف قانونی دولت نیز می‌باشد. درواقع شارع مقدس دولت را مکلف کرده تا با امور فرهنگیِ ضد دین که موجب ازبین رفتن امنیت فرهنگی و روانی جامعهٔ اسلامی است، مقابله نماید (همان، ۶۲).

یعنی اگر مسئولان حکومتی خصوصاً متولیان امور فرهنگی و معنوی جامعه نه‌تنها اقدام به ممانعت و جلوگیری از هنجارشکنی‌های علنی ننمودند، بلکه خود نیز با برگزاری مراسمات و دورهمی‌های مختلف فرهنگی و آموزشی به نقض حرمت‌ها، ارزش‌ها و ضروریات فرهنگی

دین اسلام اهتمام ورزیدند، می‌بایست با تحمیل مسئولیت مدنی به آنان اولاً ضرر و زیان‌های وارده از جانب آنان را هرچند به نحو تضامنی جبران نمود و در صورت عمدی بودن، به مجازات آنان اقدام کرد. ثانیاً با مشارکت مسئولان نظارتی چنین اقدامات و مراسم‌های پرآسیب را قبل از برگزاری، پیش‌بینی، پیشگیری و سپس کنترل نمود.

وجه تمایز این نگرش از نظریه‌های دیگر این است که در آن‌ها اشخاص مسئول، با اثبات قهری و غیراختیاری بودن حادثه، به‌راحتی می‌توانستند از بار مسئولیت مدنی شانه خالی کنند؛ اما به موجب این مبنا، تفاوتی بین عامل خارجی و غیرخارجی وجود ندارد. حتی اگر ثابت شود قوهٔ قهریه در کار بوده است، مسئولیت مدنی همچنان برقرار است. درواقع مبنای مسئولیت مدنی در این نظریه همانند غاصبی فرض می‌شود که به اموال و حقوق دیگران تجاوز نموده باشد. بنابراین در هر صورت دارای مسئولیت مدنی است.

۳,۵. قواعد فرهنگی اسلام

دین اسلام حاکمان، دولت‌ها، مسئولان جامعه و شهروندان را بر مبنای یک رابطهٔ ولایی چون پیکر واحدی می‌داند. تواصی به تقوا و امر به معروف و نهی از منکر را (در سطح فردی، حاکمیتی، فردی به حاکمیتی و حاکمیتی به فردی) دو راهکار اساسی برای تأمین حقوق فرهنگی و معنوی عموم افراد قرار داده است. از سوی دیگر، مطابق اصل ۴ قانون اساسی کلیهٔ قوانین و مقررات مدنی، جزایی، فرهنگی، اقتصادی و ... بر اساس موازین اسلامی است که با یافتن نظر اسلام در حقوق معنوی و فرهنگی می‌توان به دیدگاه قانون اساسی نیز پی برد. با توجه به اصول ۵ و ۱۲ قانون اساسی که دین رسمی و نوع حکومت را توحیدی و اسلامی معرفی کرده، اساسی‌ترین گام را در جهت تأمین حقوق معنوی و فرهنگی ملت ایران برداشته است. اصل ۸ نیز با دعوت به خیر و امر به معروف و نهی از منکر، گام اساسی دیگری را در حوزهٔ ارزش‌ها، باورها و رفتارها برداشته و مردم و حکومت را نسبت به رعایت حقوق فرهنگی یکدیگر مسئول دانسته است. این قانون در جهت ارائهٔ تأمین حقوق فرهنگی، اصول متعدد دیگری نظیر ۲، ۲۰، ۳۰ و ۴۳ را به‌عنوان راهکار بیان کرده است.

قواعد فقهی متعددی در این باره از قبیل قاعدهٔ حرمت اهانت به محترمات، قاعدهٔ حرمت اعانت بر اثم و تجاهر به فسق، قاعدهٔ تعظیم، ترویج و تبلیغ شعائر الهی، قاعدهٔ عدالت (فرهنگی) و غیره وجود دارد که هرکدام از آن‌ها را می‌توان جزء مبانی و ضروریات مسئولیت دولت در امور فرهنگی مطرح کرد. در ادامه به سه مورد از این قواعد یعنی حرمت اهانت به محترمات، تجاهر به فسق و عدالت فرهنگی پرداخته می‌شود.

۱,۳,۵. قاعدهٔ تجاهر به فسق

مراد از متجاهر به فسق، شخصی است که مرتکب زشتی‌های آشکار شده و در مرئی و منظر مردم به انجام عمل قبیح و مجرمانه دست می‌زند (موسوی خمینی، ۱۳۸۱، ۲۷۶). مستندات این مورد هم در قرآن[۱](نور: ۱۹) و هم در روایات[۲]وجود دارد. مفاد اجمالی این قاعده این است که در جامعهٔ اسلامی هیچ شخصی حق ندارد به صورت علنی و مشهود، امور ضد فرهنگی از قبیل حرمت‌شکنی، فحاشی، عشوه‌گری، کشف حجاب را انجام دهد یا به آن تظاهر کند. برخی برآن‌اند که در آیهٔ ۱۹ سورهٔ نور، خداوند سخن را از شکل یک حادثهٔ شخصی به صورت بیان یک قانون کلی و جامع تغییر داده، می‌گوید: کسانی که دوست می‌دارند زشتی‌ها و گناهان قبیح در میان افراد باایمان اشاعه یابد، عذاب دردناکی در دنیا و آخرت دارند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ج۱۴، ۴۰۳)؛ یعنی اینکه نمی‌گوید کسانی که «اشاعهٔ فحشا» کنند، بلکه می‌گوید: کسانی که دوست دارند فحشا را اشاعه دهند که خود درنهایت تأکید در این زمینه است و آیهٔ یادشده جنبهٔ شخصی و خصوصی ندارد.

ضمنا باید توجه داشت که اشاعهٔ فحشا منحصر به تهمت و دروغ بی‌اساس در مورد زن و مرد باایمان نیست، بلکه هرگونه نشر فساد و اشاعهٔ زشتی‌ها و قبایح و کمک به توسعهٔ آن را شامل می‌شود. در بحث ما اگر اقدامات دولت یا اشخاص دولتی به اشاعهٔ فحشا یا ترویج فسق در جامعه ختم شود یا در اثر آن به حیثیت، اعتبار و سایر حقوق فرهنگی یک شخص ضرر وارد شد، می‌توان بحث مسئولیت مدنی را مطرح کرد.

---

۱. إِنَّ الَّذِینَ یُحِبُّونَ أَنْ تَشِیعَ الْفَاحِشَةُ فِی الَّذِینَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِیمٌ فِی الدُّنْیَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ یَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ.

۲. امام صادق (ع) فرمود: «إذا جاهَرَ الفاسقُ بِفِسقِه فَلا حُرمَةَ له وَلا غیبةَ» و نیز امام رضا (ع) می‌فرماید: «مَن أَلقی جَلبابَ الحَیاءِ فَلا غیبةَ له»؛ کسی که لباس حیا را بیفکند، غیبتش جایز است (به نقل از شیخ صدوق، ۱۳۷۶، ۳۹؛ مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج۷۲، ۲۶۰).

۲,۳,۵. حرمت اهانت به محترمات

مهم‌ترین‌ادلهٔ این قاعده، آیات قرآن (حج: ۳۰؛ مائده: ۲۰؛ نساء: ۱۴۰؛ انعام: ۶۸؛ حجرات: ۲)، سنت معصومان (ع)- مثل روایت‌هایی دربارهٔ حرام بودن توهین به مؤمن، سوزاندن قرآن و محو کردن‌آن با قلم (کلینی، ۱۴۰۱، ج ۲، ۶۷۳) یا حرام بودن اهانت به فقیر مسلمان (حر عاملی، ۱۳۹۱، ج۸، ۵۹۲)- و عرف عقلای جامعه است. برخی فقیهان بدون تصریح در عنوان قاعده، ضمن ذکر آیات قرآن و روایات به استنباط پرداخته و به آن فتوا داده‌اند (طوسی، بی‌تا، ۷۲۹؛ حلبی، ۱۴۱۰ق، ج۲۳، ۷۶). برخی آن را به‌عنوان قاعده مطرح کرده (مکی عاملی، بی‌تا، ج۲، ۱۶۳)، عده‌ای دیگر آن را با تفصیل بیشتری مطرح نموده و تفاوت آن را با قاعدهٔ لزوم تعظیم شعائر اسلامی بیان کرده‌اند (نراقی، ۱۴۱۷ق، ۳۱). بنابراین توجه خاص دانشوران عرصهٔ فقاهت به این قاعده نشانگر اهمیت و ارزش آن در فقه اسلامی است.

دو واژهٔ مهم این قاعده، «اهانت» و «محترم» است. اهانت در لغت به معنای تحقیر، سبُک شمردن، مسخره نمودن و هتک است (ابن منظور، ۱۴۰۸ق، ج۳، ۴۳۹) و در برخی موارد بی‌توجهی کردن (طریحی، ۱۳۹۵، ج۳، ۳۳۱). به عقیدهٔ فقها اهانت از امور قصدی است و هرگاه شخصی امری را به قصد اهانت انجام دهد و یا اهانت از نظر عرف صدق کند، توهین تحقق یافته است (جبعی عاملی، ۱۴۱۳ق، ج۳، ۱۱).

در بحث ما باید اشاره نمود که از نظر عرف گاهی اهانت تحقق می‌یابد، اگرچه قصدی هم در کار نباشد؛ همانند دشنام دادن، ناسزا گفتن، با طعنه و کنایهٔ زیاد به کسی حرفی زدن، بی‌توجهی به درخواست‌های افراد مراجعه‌کننده به ادارات، بی‌اهمیتی به‌سخره گرفته شدن مقدسات. بنابراین مصادیق اهانت از دیدگاه عرف در زمان‌ها و مکان‌های گوناگون تغییر می‌یابد (حسینی، ۱۳۷۴). مقصود از محترمات در این قاعده هر حق معنوی و فرهنگی است که از دیدگاه شرع، ارجمند است و به دلیل داشتن جایگاه‌خاص، احترام و پاسداشت آن لازم است؛ حتی احترام به اشخاص، اشیا و مکان‌های محترم نیز واجب می‌باشد (اردبیلی، ۱۴۱۳ق، ج۱، ۹۷).

امروزه با فوقِ مدرن شدن این رسانه‌ها و کوتاهی مسئولان حکومتی اهانت‌ها در سطح وسیعی پخش می‌شود و طبعاً ضررها و جرایم معنوی و فرهنگی بسیار مخربی را در پی دارد. طبق مفاد این قاعده این عمل نیز از منکرات محسوب شده، نهی از منکر هم در سطح مردمی و هم در سطح حکومتی واجب می‌آید. برای مثال در برخی از فیلم‌های سینماییِ مجوزدار وزارت ارشاد، حرکات و الفاظ رکیک بازیگران ممکن است سبب اشاعهٔ فحشا یا هتک حرمت به محترمات در جامع عادی شود و آن را انتشار دهد[1] یا فیلمی برای قشر خاصی پرآسیب باشد، اما مسئولان مربوطه برای تماشای آن محدودیت سنی قرار نداده باشند. این اقدام می‌تواند تشویش اذهان عمومی و تحریف و توهین به قشر خاصی را در پی داشته باشد. از آیهٔ ۱۴۰ سوره نساء نیز همانند بسیاری از آیات و منابع دینی اسلام می‌توان استنباط نمود که مؤمنان و مسئولان حکومتی جامعهٔ اسلامی برای رسیدن به تمدن نوین اسلامی و کاهش آسیب‌ها و جرایم فرهنگی، می‌بایست از اقداماتی که زمینهٔ اهانت و گسترش آن را در جامعه فراهم می‌آورد، بپرهیزند و بر مردم و مسئولان حکومتی واجب است که جلوی هر اهانت را گرفته، با تدابیر مناسبْ وقوع آن را در مجامع عمومی پیش‌بینی کرده، از آن پیشگیری مناسبی نمایند (موسوی خمینی، ۱۳۶۹، ج۱۵، ۱۹)؛ درغیر این‌صورت حداقل دارای مسئولیت مدنی به جهت سببیت در ایراد خسارت‌های فرهنگی به اشخاص خواهند بود.

۴,۵. قاعدهٔ عدالت در امور فرهنگی

از تتبع و بررسی در قرآن، سنت و سیرهٔ معصومان اطهار (ع)، نکته‌های پرمحتوایی در مورد مفهوم، عناصر اصلی و سامان‌دهندهٔ عدالت فرهنگی به‌دست می‌آید (حسینی، همان، ۹۷): اول، عدالت به معنای تساوی همهٔ مردم در برابر قانون و اجرای آن؛ دوم، لزوم زمینه‌سازی برای استفادهٔ همهٔ مردم از امکانات و ظرفیت‌های عمومی فرهنگی و معنوی؛ سوم، بایستگی رفع نیازهای مردم به‌ویژه در حوزهٔ فرهنگی و معنوی. در عدالت به معنای

---

۱. این فیلم از ۲۵ اسفند ۱۳۹۷ در سینماهای کشور به نمایش درآمده و در ۲۵ فروردین ۱۳۹۸ به دلیل تخلقات فرهنگی با توقف اکران متوقف شده است.

استغنای مردم، همهٔ مردم بایستی به مرحله‌ای از آگاهی در سطوح گوناگون زندگی دست یابند و حکومت اسلامی برای حصولِ این هدف همت ورزیده، اعانت کند. برای مثال مردم را در اوصاف و ویژگی انتخاب‌هایی که در طول زندگی خواهند داشت، آگاه نماید تا در آینده نزدیک دچار انحراف یا مشکلات عدیده‌ای نشوند. وظیفهٔ هنرها و رسانه‌های دیداری و شنیداری آن است که از ستایش کسی که قابل ستایش نیست بپرهیزند و متقابلاً کسی که اسوه است و سزاوار تحسین و ستایش، مردم را از امتیازها و فضیلت‌هایش آگاه نمایند. در این صورت تعریف مسلم عدالت یعنی وضع بایسته هرچیز در جای خود (وضع الشئ فی موضعه) حاصل خواهد شد. البته دین اسلام حاکمان، دولت‌ها، مسئولان جامعه و شهروندان را بر مبنای یک رابطهٔ ولایی چون پیکر واحدی قرار داده (توبه: ۷۱) و تواصی به تقوا و امر به معروف و نهی از منکر را (در سطح فردی، حاکمیتی، فردی به حاکمیتی و حاکمیتی به فردی) به‌عنوان دو راهکار اساسی برای تأمین و تحقق حقوق فرهنگی و معنوی عموم افراد معرفی کرده است. از سوی دیگر چون مطابق اصل ۴ قانون اساسی کلیهٔ قوانین و مقررات مدنی، جزایی، فرهنگی، اقتصادی و ... بر اساس موازین و فقه اسلامی است، با حصول نظر اسلام در حقوق معنوی و فرهنگی می‌توان به دیدگاه قانون اساسی نیز پی برد و به بحث و بررسی پرداخت (داوری، ۱۳۹۶، ۳۵۱-۳۴۷).

با استفاده از تعریف دیگر عدالت_ امکان استفادهٔ همهٔ مردم از ظرفیت‌ها و تجهیزات فرهنگی و عمومی_ دولت مکلف است به‌گونه‌ای عمل نماید تا عموم مردم بتوانند به اطلاعات ضروری و مورد نیازشان دست یابند (همان، ص۱۰۰). در اینجا نقش سازندهٔ هنر و رسانه‌ها آشکار خواهد شد. چون آن‌ها باید با برنامه‌ها و سیاست‌هایشان در جهتی عمل نمایند که مردم مستضعف نیز بتوانند از مسائل و احکام، تکالیف و حقوق اعتقادی، اخلاقی، فقهی، فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی و سیاسی دین و قوانین خویش آگاه شوند. به‌طور خلاصه قاعدهٔ عدالت اقتضا می‌کند تمام دستگاه‌های فرهنگی و حکومتیِ جامعه در جهت هدایت مردم تلاش کنند، و اگر به منافع شخصی، حزبی و گروهی خود پرداختند و ضرر و زیانی به افراد وارد آمد، به‌عنوان سبب و مباشر توانایی به‌عهده گرفتن مسئولیت مدنی را خواهند داشت (مرتضوی، همان، ۳۱۱).

برای دستیابی به این مهم، اجرای مفاد قاعدهٔ حرمت اعانت نقش مهمی دارد. آن قاعده راه را برای مبارزه با مفاسد معنوی، فرهنگی و اخلاقی جامعه هموار می‌کند و زمینهٔ تمدن اسلامی را فراهم‌تر می‌سازد. یعنی اگر مسئولان و عموم مسلمانان قاعدهٔ حرمت اعانت بر اثم را به‌مثابهٔ فرهنگ خود درآورند و به شخصی که در پی زشتی‌های روحی و معنوی است، کمک نکرده، او را تنها گذارند، وی به علت منزوی شدن، جرأت انجام گناه را از دست داده، درنتیجه گناهان اجتماعی کمتر خواهد شد. به بیان دیگر، عدم اعانت دولت در امور فرهنگی جامعهٔ اسلامی و یا اعانت بر گناهان و ترویج امور ضد فرهنگی- سبک زندگی ضد اسلامی، اشرافی‌گری، شهوت و شهرت‌پرستی- به ایراد خسارت‌های فرهنگی و معنوی به عموم مردم خصوصاً اقشار کم‌درآمد منجر خواهد شد و برای جلوگیری از توسعه و تأثیر بیش از حد آن خسارت‌ها که اغلب دیانت، سلایق، مدل‌های پوششی و پویشی و بینشی افراد را تحت تأثیر قرار می‌دهد، باید برای دولت حسب مورد مسئولیت مدنی قرار داد.

نتیجه

موضوع حق معنوی در گفتمان حقوقی اسلام دامنه‌ای اعم از امور طبیعی، نوعی، اولیه با گرایش‌های متعالی و عرفانی دارد. حمایت از این معنا را در بسیاری از مواد قانونی و قواعد فقهی نیز می‌توان رؤیت کرد که دارای ضمانت اجرا هستند و در مواردی نیز قانوناً جرم محسوب می‌شوند. برای مثال، قواعد فقهی متعددی از قبیل قاعدهٔ حرمت اهانت به محترمات، قاعدهٔ حرمت اعانت بر اثم و تجاهر به فسق، قاعدهٔ تعظیم و ترویج و تبلیغ شعائر الهی، قاعدهٔ عدالت (فرهنگی)، مصالح اهم و مهم، نفی سبیل و... از سوی شارع مقدس در جهت تأمین حقوق فرهنگی و معنوی اشخاص تشریع شده است.

حقوق فرهنگی و معنوی، منفعت و حق محسوب می‌شوند؛ هرگونه إضرار، اهمال و یا تعللی که از سوی اشخاص حکومتی و دولتی در ابعاد حاکمیتی و تصدی‌گری به تضییع این دسته از حقوق شهروندان جامعه منجر شود، می‌تواند مبنای مسئولیت مدنی باشد. برخی از حمایت‌ها و ضمانت اجراهای قانونی، نظیر ممنوعیت سلب غیرقانونی آزادی دیگری؛ مصونیت حیثیت، اعتبار، حقوق و شغل اشخاص؛ امنیت روانی و کرامت انسانی متهمان در بازداشتگاه و زندانیان؛ و نیز مجازات‌های افترا و توهین و هتک حرمت، مؤید ادعای

یادشده است. برای مسئولیت مدنی دولت در امور فرهنگی می‌توان به قواعدی همچون لاضرر، تسبیب، اتلاف و... تمسک کرد. مسئولیت بر اساس مادهٔ ۱۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، مبتنی بر نظریهٔ فرض تقصیر است. علاوه بر آن‌ها از مبنای تضمین حق نیز می‌توان بهره برد. درواقع قواعدی که اثبات‌کنندهٔ ضمان قهری است، شامل مسئولیت دولت‌ها در امور فرهنگی جامعه هم می‌شود. اگرچه از جهات مختلف می‌توان این نوع مسئولیت را در متون و احکام فقهی و حقوقی یافت، اما در خصوص مفهوم ضرر، نحوهٔ اثبات تقصیر دولت، قواعد اسقاط ضمان دولت، زیان‌های ملازم با اقدامات حاکمیتی او، اِحراز رابطهٔ سببیت بین فعل زیان‌بار دولت و أشکال مختلف مسئولیت مدنی دولت در امور فرهنگی، همچنان چالش‌های اساسی وجود داردکه حل این دست‌اندازها نیاز به پژوهش‌های دیگری دارد.

منابع و مآخذ

۱. آیتی، حمید (۱۳۷۵)، ***حقوق آفرینش‌های فکری***، چاپ اول، تهران: نشر حقوقدان.

۲. ابن منظور، جمال‌الدین محمدبن الکرم (۱۴۰۹ق)، ***لسان‌العرب***، بیروت: دارالفکر.

۳. اردبیلی، احمد (۱۴۱۳ق)، ***مجمع الفائده والبرهان فی شرح ارشاد الأذهان***، جلد اول، چاپ دوم، قم: جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیه.

۴. امامی، نورالدین (پاییز و زمستان ۱۳۷۱)، «حقوق مـالکیت‌های فکری»، ***دوفصلنامهٔ رهنمون***، شمارهٔ ۲و۳.

۵. بابایی، ایرج (۱۳۹۴)، ***حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد***، تهران: نشر میزان.

۶. جبعی عاملی، زین‌الدین (۱۴۱۳ق)، ***مسالک الأفهام إلی تنقیح شرایع الإسلام***، جلد سوم، چاپ اول، قم: مؤسسهٔ المعارف الاسلامیه.

۷. جـعفری لنـگرودی، محمدجعفر (۱۳۴۶)، ***ترمینولوژی حقوق***، تهران: ابن سینا.

۸. جمالزاده، ناصر و آقادادی، میثم (زمستان ۱۳۸۹)، «سیاستگذاری امور فرهنگی کشور از دیدگاه امام خمینی (ره)»، ***مطالعات فرهنگ – ارتباطات***، سال یازدهم، شمارهٔ ۱۲.

۹. حر عاملی، محمدبن حسن (۱۳۹۱ق)، ***تفصیل وسائل‌الشیعه إلی تحصیل مسائل‌الشیعه***، محقق: عبدالرحیم ربانی شیرازی، چاپ چهارم، بیروت: دارالتراث العربی.

۱۰. حسینی، سید علی (۱۳۷۴)، ***عرف متغیر و سیرهٔ عقلاء***، جلد نهم، تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

۱۱. حسینی، سید علی (۱۳۹۶)، ***قواعد فقهی فرهنگ وارتباطات***، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).

۱۲. حلبی، ابوصلاح (۱۴۱۰ق)، ***الکافی***، جلد ۲۳، بیروت: مؤسسهٔ فقه الشیعه.

۱۳. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۲ق)، ***مصباح‌الفقاهه***، با تقریر میرزا محمدعلی توحیدی، چاپ اول، بیروت: دارالهادی.

۱۴. داوری، محسن (۱۳۹۶)، ***دائرةالمعارف حقوق عمومی (حقوق فرهنگی)***، به اهتمام سید محمدمهدی غمامی، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).

۱۵. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین‌بن محمد (بی‌تا)، ***المفردات فی غریب القرآن***، بیروت: دارالمعرفه

۱۶. رسولی جزی، سجاد (۱۳۹۸)، ***مسئولیت مدنی حکومت در امور فرهنگی***، استاد راهنما: سید مصطفی میرمحمدی میبدی، پایان‌نامهٔ کارشناسی ارشد، میبد، دانشگاه میبد.

۱۷. رستمی، ولی و بهادری جهرمی (۱۳۸۸)، مسئولیت مدنی دولت، ***پژوهش‌نامهٔ حقوق اسلامی***، شمارهٔ ۲۹.

۱۸. زرگوش، مشتاق (۱۳۸۹)، ***مسئولیت مدنی دولت***، جلد دوم، چاپ اول، تهران: نشر میزان.

۱۹. ژیرار، آگوستین (۱۳۷۲)، ***توسعهٔ فرهنگی، تجارب و خط‌مشی‌ها***، مترجم: عبدالحمید زرین قلم، چاپ اول، تهران: مرکز پژوهش‌های بنیادی، مرکز آمار و برنامه‌ریزی پژوهش‌های فرهنگی و هنری.

۲۰. سنهوری، احمد (۱۹۹۸ق)، ***الوسیط فی شرح القانون المدنی***، جزء ۱۰ و ۸، چاپ دوم، بیروت: منشورات الحلبی الحقوقیه.

۲۱. شریعتی، الهام و موسوی، سیده لیلا (۱۳۹۳)، ***فقه پویا***، مجموعه آرا و نظریات آیت‌الله سید محمدحسن مرعشی نجفی، جلد اول، تهران: انتشارات خرسندی.

۲۲. شیخ صدوق، محمدبن علی ابن بابویه (۱۳۷۶)، ***امالی***، چاپ ششم، تهران: نشرکتابچی.

۲۳. صفایی، حسین (۱۳۸۲)، ***دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی: اشخاص و اموال***، تهران: میزان.

۲۴. طباطبائی یزدی، محمدکاظم (۱۴۱۰ق)، ***حاشیهٔ المکاسب***، جزوهٔ ۱، قم: اسماعیلیان.

۲۵. طریحی، فخرالدین (۱۳۹۵ق)، ***مجمع البحرین***، چاپ دوم، تهران: المکتبه المرتضویه.

۲۶. طریحی، فخرالدین (۱۳۶۷)، ***مجمع البحرین***، تهران: نشر فرهنگ اسلامی

۲۷. طوسی، محمدبن حسن (بی‌تا)، ***النهایه فی المجرد الفقه و الفتوی***، قم: قدس محمدی.

۲۸. عبادی، عبدالسلام داوود (۱۴۲۱ق)، ***الملکیهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ طبیعتها ووظیفتها و قیودها***، جلد اول، چاپ اول، بیروت: مؤسسهٔ الرساله.

۲۹. عباسلو، بختیار (۱۳۹۴)، ***مسئولیت مدنی ناشی از سوانح رانندگی***، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان.

۳۰. عبدالحمید، ابوالحمد (۱۳۷۵)، ***تحولات حقوق خصوصی***، زیر نظر ناصر کاتوزیان، تهران: دانشگاه تهران.

۳۱. علیشاهی قلعه‌جوقی، ابوالفضل و دانش‌نهاد، محمد (بهار ۱۳۹۶)، «مبانی قاعدهٔ اضطرار در مسئولیت مدنی اشخاص و دولت»، ***فصلنامهٔ جستارهای فقهی و اصولی***، دورهٔ ۳، شمارهٔ ۱.

۳۲. غمامی، مجید (۱۳۷۶)، ***مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود***، تهران: نشر دادگستر.

۳۳. قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۷۲)، ***نظریهٔ تقصیر***، استاد راهنما: حسین صفائی، پایان‌نامهٔ دکتری، تهران: دانشگاه تربیت مدرس.

۳۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۹)، ***حقوق‌مدنی ضمان قهری مسئولیت مدنی***، تهران: دانشگاه تهران.

۳۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، ***الزامات خارج از قرارداد***، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۳۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، ***مبانی حقوق عمومی***، تهران: نشر دادگستر.

۳۷. کلینی، محمدبن یعقوب (۱۳۶۶)، ***اصول کافی***، کتاب معیشت باب ضرار حدیث ۲. تهران: مؤسسهٔ مطالعات و تحقیقات فرهنگی.

۳۸. کلینی، محمدبن یعقوب (۱۴۰۱ق)، ***الکافی***، محقق: علی‌اکبرغفاری، چاپ چهارم، بیروت: دارصعب و دارالتعارف.

۳۹. گیدنز، آنتونی (۱۳۹۲)، ***جامعه‌شناسی***، چاپ ۲۸، تهران: نشر نی.

۴۰. گری، جان (۱۳۸۱)، ***لیبرالیسم***، مترجم: محمد ساوجی، چاپ اول، تهران: انتشارات صحیفهٔ وزارت امور خارجه.

۴۱. لطفی، اسدالله (۱۳۹۳)، ***سلسله مباحث فقهی، حقوقی مسئولیت مدنی***، تهران: انتشارات جاودانه.

۴۲. مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۳ق)، ***بحار الأنوار***، جلد ۷۲، چاپ دوم، بیروت: داراحیاء التراث العربی.

۴۳. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۱)، ***قواعد فقه بخش مدنی***، جلد اول، چاپ ۳۷، تهران: مرکزنشر علوم اسلامی.

۴۴. محقق داماد، مصطفی (مهر و آبان ۱۳۸۱)، «تعهدات مالی (حق مطالبه از کدام حقوق است؟)»، ***مجلهٔ قضاوت***، شمارهٔ ۴۷.

۴۵. مرتضوی، سید ضیاء (۱۳۹۶)، ***ماهیت فقهی دولت و ضمان اقدام‌های زیانبار آن***، چاپ اول، قم: پژوهشگاه علوم وفرهنگ اسلامی.

۴۶. مشکات، عبدالرسول (۱۳۹۴)، ***درآمدی بر مکاتب و اندیشه‌های معاصر***، تهران: انتشارات سمت.

۴۷. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۴)، ***تفسیر نمونه***، جلد چهاردهم، چاپ اول، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

۴۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۳۹)، ***فیلسوف‌نماها***، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

۴۹. مکی عاملی، محمدبن جمال‌الدین (بی‌تا)، ***القواعد و الفواعد***، جلد دوم، محقق: سید عبدالهادی حکیم، قم: منشورات مکتبة المفید.

۵۰. موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۳۸۱)، ***المکاسب المحرمه***، چاپ‌دوم، قم: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

۵۱. موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۳۸۷)، ***الرسائل***، تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

۵۲. موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۳۹۷ق)، ***کتاب البیع***، جلد دوم، چاپ اول، نجف: مطبعهٔ الآداب.

۵۳. موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۳۶۹)، ***صحیفهٔ نور***، جلد پانزدهم، چاپ اول، تهران: سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی.

۵۴. نراقی، احمد (۱۴۱۷ق)، ***عوائدالایام***، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

۵۵. نظری توکلی، سعید؛ قدرتی، فاطمه؛ مظهر قراملکی، علی (۱۳۹۳)، «معناشناسی حق معنوی در گفتمان حقوقی اسلام و ایران»، ***مجلهٔ فقه و حقوق اسلامی***، شمارهٔ ۹.

۵۶. هاشمی شاهرودی، محمود (۱۳۸۲)، ***فرهنگ فقه***، قم: مؤسسهٔ دائره‌المعارف فقه.

۵۷. یزدانیان، علیرضا (۱۳۹۱)، «نظریهٔ عمومی مسئولیت مدنی متبوع ناشی از عمل تابع در حقوق فرانسه و طرح آن در حقوق ایران»، ***مجلهٔ حقوقی دادگستری***، شمارهٔ ۷۷.

۵۸. یزدانیان، علیرضا (۱۳۹۴)، «گام‌هایی در طرح مسئولیت مدنی دولت ناشی از فعل شخصی، فعل اشیا و فعل غیر در حقوق ایران و فرانسه»، ***فصلنامهٔ مطالعات حقوق خصوصی***، دورهٔ ۴۵، شمارهٔ ۳.

نشریه علمی مطالعات حقوقی معاصر، سال دهم، شماره نوزدهم، پاییز و زمستان ۹۸، صفحات ۳۱-۵۰

تاریخ دریافت: ۹۸/۰۴/۰۵ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۸/۱۲/۰۵

بررسی فقهی و حقوقی اختیار صاحب خیار عیب در فسخ و مطالبهٔ ارش در مذاهب اسلامی

حمیدرضا بهروزی زاد[۱]

نجادعلی الماسی[۲]

چکیده

در طولی و عرضی بودن اختیارات مشتری در خیار عیب بین فقهای مذاهب اسلامی اختلاف نظر مبنایی وجود دارد. بر اساس یک نظر چون ارش خلاف اصل است و در مقابلِ وصف از ثمن قرار دارد، ارش نیز طولی خواهد بود. بنابه دیدگاه دیگر چون ارش مطابق با قاعده است و جزئی از ثمن است در این صورت تخییر مشتری هم عرضی خواهد بود. ولی ما در این مقاله کوشیده‌ایم ضمن بیان دیدگاه‌های مذاهب اسلامی و حقوق ایران در این خصوص بر پایهٔ نظریهٔ عمومی ارش در قراردادها تحلیلی را ارائه نماییم که بر اساس آن وصف سلامت در میان همهٔ اوصاف برجستگی خاصی دارد که باعث می‌شود شارع مقدس فقط در خیار عیب معتقد به تخییر شود. دلیل این ویژگی خاص هم این است که شارع مقدس و قانون‌گذار در قانون مدنی فقط در خیار عیب که ارتباط مستقیمی با وصف سلامت دارد قائل به دریافت ارش شده است. بنابراین ویژگی خاص این وصف باعث می‌شود که اگر فروشنده به این تعهد خود عمل نکند و کالایی مطابق با قرارداد تسلیم ننماید، خود او باید جبران خسارت کند که همان نظریهٔ عمومی ارش است و البته این حق فروشنده است که بر اساس تخییر عرضی فسخ یا مطالبهٔ ارش را انتخاب نماید.

واژگان کلیدی: تخییر، خیار عیب، مذاهب اسلامی، نظریهٔ عمومی ارش.

---

۱. استادیار مؤسسه آموزش عالی غیرانتقاعی مازیار (نویسنده مسئول) behroozi_hamidreza@yahoo.com

۲. استاد دانشگاه تهران، تهران- ایران nalmasi@ut.ac.ir

مقدمه

فقهای مذاهب اسلامی در اینکه در اثر عیب در مبیع و حتی ثمن برای مشتری یا بایع اختیار فسخ معامله یا أخذ ارش پیدا می‌کنند اتفاق نظر دارند، اما در چگونگی اعمال این حق تخییری اختلاف‌های جدی در مذاهب اسلامی و حتی در داخل خود یک مذهب وجود دارد. ریشهٔ این اختلاف هم بر می‌گردد به اینکه اعمال تخییر باید طولی باشد یا عرضی؟ بر اساس این مبنا نظریات مختلفی ارائه شده است که باید به بررسی این اقوال و انتخاب قول مختار پرداخت.

روش تحقیق نیز کتابخانه‌ای بوده و به منابع داخلی و خارجی موجود با تأکید بر منابع فقهی مراجعه شده است.

نتایجی که از این تحقیق به‌دست می‌آید این است که تخییر به نحو عرضی بوده، مشتری می‌تواند یا به استناد عیبْ خیار فسخ خود را اعمال کند و یا مطالبهٔ ارش نماید. این امر مورد تأکید مشهور فقهای امامیه و قانون مدنی ایران نیز بوده، در میان فقهای عامه هم طرف‌دار دارد، اما شیوهٔ اثبات بر اساس نظریهٔ عمومی ارش خواهد بود که در بحث تعیین قول مختار به‌طور کامل منقح خواهد شد.

۱. طولی یا عرضی بودن خیار عیب در فقه امامیه

در فقه امامیه فقها همگی متفق‌اند در اینکه ظهور عیب مقتضی جواز رد یا أخذ ارش است. آنچه محل تنازع عقاید مختلف بین فقها شده این است که آیا تخییر ابتدائا بین ثبوت ارش و رد وجود داشته یا ارش مختص به صورت عدم امکان رد به سبب تصرف مانع یا تلف عین یا حدوث عیب یا سایر مسقطات رد است؟

منشأ این نزاع هم در فقدان دلیل معتبر بر تخییر بین ارش و رد در اخبار معتبر و تام‌السند است.

۱,۱. رابطهٔ عرضی فسخ معامله یا أخذ ارش

از لحاظ تاریخی قول مشهور در فقه معتقد به تخییر (رابطهٔ عرضی) بوده و قائل به عدم

اشتراط أخذ ارش به یأس از رد است؛ حتی عدم خلاف در مسئله را نفی و ادعای اجماع در مسئله کردند (حسینی عاملی، بی‌تا، ۶۱۴).

شاید مستند نظر مشهور عبارتی در فقه رضوی است؛ به این نحو که «اگر کالایی معیوب شود و مشتری علم پیدا کند خیار دارد و می‌تواند نگه دارد و اگر بخواهد أخذ می‌کند یا به او قیمت با ارش عیب را رد می‌کند» (ابن بابویه، ۱۴۰۶ق، ۲۵۳).

ظاهر عبارت فقه‌الرضا تخییر بین رد و امضای مجانی یا امضا همراه با ارش است. البته برخی از فقها احتمال دادند که لفظ «او» مندرج در عبارت منسوب به امام رضا که دلالت بر تخییر می‌کند «واو» باشد که در این صورت مراد حضرت فقط رد و امضا و ارش است. به‌نظر می‌رسد این عبارت مستند نظر متقدمین فقه امامیه بوده است؛ اگرچه در پاره‌ای از عبارات متأخرین نیز دیده می‌شود (بحرانی، ۱۴۰۸ق، ج۱۹، ص۶۴ و ۱۰۹ و ۱۱۰).

۲,۱. رابطهٔ طولی فسخ معامله یا أخذ ارش

شاید اولین کسی که در قول مشهور مبنی بر تخییر (رابطهٔ عرضی) مناقشه کرد، مقدس اردبیلی بود. وی معتقد بود دلیلی بر اختیار بین رد و قبول با ارش بعد از ظهور عیب وجود ندارد، بلکه از اخبار مستفاد می‌شود که ارش مختص به تصرف مشتری در مبیع یا حادث شدن عیب پس از قبض است (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۵ق، ۴۵۰). همچنین فقهایی مانند سید عاملی، نجفی، آیت‌الله خوئی و امام خمینی هستند که به‌صراحت با حکم تخییر مخالفت کردند (حسینی عاملی، بی‌تا، ۶۱۴؛ نجفی، ۱۳۶۷، ۲۳۶؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۷ق، ۱۰۰ و ۱۰۲؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۰ق، ۸ و ۹).

از لحاظ استدلالی می‌توان گفت روایاتی که دلالت بر رد دارد، اعم از ردّ مبیع یا ارش است. درنتیجه مراد روایات ردّ بیع فی‌الجمله است؛ اعم از اینکه در نتیجهٔ فسخ به تمام ثمن رجوع شود یا رجوع به ارش در نتیجهٔ أخذ ارش، ردّ مبیع نیز فی‌الجمله باقی باشد، زیرا در نتیجهٔ أخذ ارش دیگر مبیع در مقابل تمام ثمن باقی نمی‌ماند و این همان معنای ردّ فی الجمله است. عبارت طباطبایی یزدی این است: «اقول بان یدعی ان المراد من الرد فی الاخبار رد البیع فی الجمله اعم من ان یکون بالرجوع بتمام الثمن بان یفسخ او بالرجوع

بالارش فان اخذ الارش ایضا رد للبیع فی الجمله حیث لم یبقه علی حاله من مقابله المبیع بتمام الثمن») (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ق، ج۳، ۸۱ و ۸۲).

این استدلال در صورتی تام است که ارش را جزئی از ثمن بدانیم. درنتیجه أخذ ارش و نیز ردّ بیع در بعضی از مقتضاهای آن است. همچنین با اینکه مقتضای بیع عدم دریافت ارش است، منافی با این مقتضی است و درنتیجه رد به این اعتبار رد شمرده خواهد شد.

اما اگر قائل باشیم که ارش جزئی از مبیع است، استدلال یادشده را صعب (انصاری، ۱۴۲۰ق، ج۵، ۲۷۶) یا مخالف فهم عرفی خواهیم دانست (موسوی خمینی،۱۴۱۰ق، ج۵، ۹).

فقیه دیگری نیز در مقام انتقاد از این قول می‌نویسد: «التزام به این قول بنا به دو تقدیر صحیح است: ۱- اینکه اوصاف مقابل ثمن است به حیثی که جزئی از آن به ازاء وصف آن است، پس اگر تخلف شد برای مشتری است که آنچه از ثمن در مقابل جزئی از آن تخلف شده است را أخذ کند. و ما سابقاً به عدم صحت این التزام اشاره کردیم و اینکه وصف مقابل ثمن قرار نمی‌گیرد و ۲- التزام به اینکه مقتضی بیع عدم ارش به حیث اینکه ثبوت ارش منافی مقتضای آن است، پس أخذ ارش به این لحاظ ردّ مبیع است. و لکن این التزام غیر صحیح است، زیرا بیع از جهت ارش نه اقتضایی دارد و همچنین مقتضی عدم ارش نیز نیست، و ارش به ملاحظهٔ بعضی از جهات مانند تدارک خسارت ثابت است» (روحانی، ۱۳۷۸ق، ج۲، ۵۰).

بر اساس این نظر، ارش نیز تدارک خسارت و جبران خسارت است که در این صورت بسیار نزدیک به نظریهٔ عمومی ارش خواهد بود که در آینده منقح خواهیم کرد. در این صورت امری مطابق با قاعده خواهد بود بدون اینکه نیاز باشد ارش را جزئی از ثمن بدانیم؟

درواقع به‌نظر می‌رسد این اختلاف مبنایی و ناشی از این باشد که آیا ارش مطابق با قاعده است یا مخالف آن.

برای پاسخگویی در خصوص ماهیت ارش باید این بحث را مطرح کرد که آیا ارش در مقابل جزئی از وصف است یا مقابل وصفی از اوصاف؟ دو قول در مسئله وجود دارد.

وحید بهبانی در حاشیهٔ خود بر مجمع الفائده (۱۴۲۱ق، ۲۷۳، ۲۷۵ و ۲۷۹) و طباطبایی یزدی (۱۴۲۳ق، ۸۶، ۸۷، ۲۲۳ و ۲۲۴) در حاشیه بر مکاسب به دو بیان مختلف به این قول تمایل پیدا کرده‌اند. رگه‌هایی از این قول در عبارات بعضی از متقدمان نیز دیده می‌شود (شهید اول، بی‌تا، ج۲، ۷۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج۱، ۳۷۶؛ محقق ثانی، ۱۴۰۸ق، ج۴، ۱۹۲، ۳۳۵؛ شهید ثانی ۱۴۰۳ق، ج۳، ۴۷۴؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۵ق، ج۸، ۴۲۶).

در واقع اینان معتقدند وصف صحت مقابل جزئی از ثمن است. اگر وصف صحت به‌منزلهٔ جزء باشد هرکدام از عوضین عرفاً یا شرعاً مقابل جزءِ دیگر است؛ در این صورت، ثبوت ارش بر طبق قاعده خواهد بود. پس همان‌طور که در تخلف جزئی از مبیع به آنچه که مقابل آن ثمن است رجوع می‌شود، در تخلف وصف هم به آن مقداری که تخلف شده است از جزء رجوع می‌شود.

در مقابل در فقه امامیه بیشتر محققان (نجفی، بی‌تا، ۲۳ و ۲۳۶؛ انصاری، ۱۴۲۰ق، ج۵، ۲۷۶؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ۲۱۱؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۷ق، ج۷، ۱۰۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۰ق، ج۵، ۱۲۹؛ محقق اصفهانی، بی‌تا، ج۴، ۴۳۶) بر این قول هستند. مبنای منتخب در بحث نظریهٔ منتخب بیان خواهد شد.

۲. طولی یا عرضی بودن خیار عیب در مذاهب اهل سنت

در فقه اهل سنت سه نظریه در خصوص اختیارات مشتری در صورت اعمال خیار عیب از سوی فقهای عامی‌مذهب بیان شده است:

۱,۲. تخییر بین رد یا نگه‌داشتن مبیع بدون أخذ ارش

برخی از فقها معتقدند تخییری که در اینجا مشتری دارد، رد یا امساک مبیع بدون أخذ ارش است. به عبارت دیگر، تخییر مشتری بین دو امر است:

الف) عقد را فسخ و مبیع معیوب را رد کند و ثمن را استرداد نماید.

ب) مشتری حق رد بدون دریافت ارش را دارد.

بر اساس این نظر مشتری حق امساک مبیع و دریافت ارش نقصان مبیع معیوب را جز در موارد تعذر رد ندارد. فقط در موارد تعذرِ رد است که حق امساک با ارش را دارد که اثبات شود حق دریافت ارش امری خلاف قاعده و به دلیل عدم امکان رد به نحو طاری است.

این نظر در بین فقهای حنفی و شافعی اهل سنت است (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج۱۳، ۱۰۳؛ ابن همام، ۱۴۲۴ق، ج۵، ۱۵۲؛ ابن نجیم المصری، بی‌تا، ج۶، ۳۹؛ بلخی، بی‌تا، ج۳، ۶۶). در بین علمای شیعه نیز این قول پذیرفته شده است که در جای خود به تفصیل بیان خواهد شد. شیرازی از علمای شافعی‌مذهب در تعلیل این نظر معتقد است که طرفین به جمیع مبیع در مقابل جمیع ثمن تراضی کردند؛ بنابراین نمی‌توان آن‌ها را به امساک و نگه‌داری مبیع معیوب در مقابل بعض ثمن مجبور کرد (النووی، بی‌تا، ج۱۲، ۱۶۵).

کاسانی از علمای حنفی‌مذهب نیز می‌نویسد: «اگر مشتری بگوید: من عین معیوب را نگه می‌دارم و نقصان آن را أخذ می‌کنم برای او حق أخذ ارش نیست، زیرا قول مشتری این بوده است: عین معیوب را نگه می‌دارم و همین قول دلالت رضای او به عیب است و همین رضا مانع رجوع به نقصان است (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج۵، ۲۸۸ و ۲۸۹).

عدئذ نیز معتقد است: «علت عدم ثبوت ارش این است که حق رجوع به نقصان مانند خلف از رد است، قدرت بر اصل رد، مانع جریان یافتن خلف آن (ثبوت ارش) می‌شود» (رملی، ۱۴۰۴ق، ج۴، ۲۴).

۲,۲. تخییر بین رد و امساک با ارش

این دسته از فقها نیز به تخییر بین دو امر معتقدند، اما طرفین تخییر عبارت‌اند از:

الف) رد – همان‌طور که پیش‌تر گذشت–.

ب) امساک با ارش حتی اگر ردّ مبیع متعذر نباشد و همچنین خواه بایع به پرداخت ارش راضی باشد یا نباشد. در این نظر فقهی هیچ جایگاهی برای امساک بدون ارش وجود ندارد و ارش از لوازم امساک شمرده می‌شود.

این نظر مذهب احمدبن حنبل و اسحاق‌بن راهویه است.

حنابله فقط موردی را که امساک با ارش مستلزم ربا باشد از این حکم کلی خارج کردند و در این مورد قائل به تخییر بین رد و امساک مجانی هستند (ابن قدامه، ۱۳۸۸، ج۴، ۱۰۹ و ۱۱۱؛ سیوطی و شطی، ۱۳۸۱ق، ج۳، ۱۱۲؛ بهوتی، بی‌تا، ج۳، ۲۱۸؛ ابن النجار، ۱۴۱۹ق، ج۲، ۳۶۲).

سبب این اختلاف مبنایی به توصیف ماهیت ارش بر می‌گردد که آیا ارش مابه‌التفاوت جزء معیوب مورد معامله است یا نقص وصف مورد معامله؟ علمای حنفی و شافعی و مالکی در عیب کثیر ارش را جبران نقص وصف می‌دانند و بنابراین قائل به رد و امساک بدون ارش هستند. حنابله ارش را مابه‌التفاوت نقص جزئی از مبیع می‌دانند و لذا به رد و امساک با پرداخت ارش معتقدند (الموسوعه، ۱۴۲۰، ج۲۰، ۱۳۰).

۳,۲. تفاوت بین عیب کثیر و عیب یسیر

برخی از فقهای عامی‌مذهب بین عیب کثیر و عیب یسیر فرق قائل شده‌اند و البته اغلب از آن با عنوان عیب قلیل و عیب متوسط یاد کرده‌اند. گرچه در مورد عیبی که بسیار قلیل است به‌نحوی که نمی‌توان از مبیع جدا نمود، قائل هستند که به اعتقاد ابن رشد، حکم خیار اصلاً جاری نمی‌شود.

فقهای اهل سنت عمدتاً در مورد مثال‌ها و مصادیق عیب کثیر و یسیر بحث کردند. می‌توان گفت عیب کثیر آن مقدار عیبی است که عرفاً قابل مسامحه و گذشت نباشد؛ درحالی که در عیب یسیر مقدار معیوب عرفاً قابل مسامحه است (برای مطالعهٔ بیشتر، ر.ک. ابن رشد الحفید، ۱۴۲۵ق، ج۳، ۱۹۵).

در مورد عیب کثیر (در مقدار عیب کثیر بین عامیون اختلاف نظر وجود دارد؛ ابن رشد ترجیحاً میزان آن را ده صدم یا یک دهم مبیع (ابن رشد الجد، ۱۴۰۸ق، ج۲، ۹۹) و بقیه یک سوم از مبیع می‌دانند (حطاب الرعینی، ۱۴۱۲ق، ج۴، ۴۳۵) اختلافی بین مذهب مالکی با مذهب حنفی و شافعی وجود ندارد و اصحاب مالکی معتقد به قول اول و تخییر مشتری بین رد و امساک مجانی بدون ارش هستند و این حکم را در مورد عیب کثیر به تعبیر ابن جزی «عیب رد» می‌نامند.

اما در عیب متوسط، مشهور بین اموال غیرمنقول و اموال منقول تفاوت قائل شده‌اند.

در مورد اموال غیرمنقول قائل‌اند که مشتری حق ردّ مبیع را به علت عیب متوسط ندارد، بلکه برای او فقط حق تعیینی دریافت ارش وجود دارد.

در مورد کالاها، ظاهر روایات در مدونه این است که حق رد، خواه عیب متوسط یا کثیر باشد، وجود دارد. درمقابل گفته شده است اموال منقول نیز مانند اموال غیرمنقول هستند و در عیب متوسط حق رد وجود ندارد و فقط حق دریافت ارش وجود دارد (ابن رشد الجد، ۱۴۰۸ق، ج۲، ۱۰۰؛ ابن رشد الحفید، ۱۴۲۵ق، ج۳، ۱۹۴ و ۱۹۵).

ابن رشد الجد ذکر کرده است که شیخ فقیه او، ابابکر بن رزق، ظاهرِ روایات را بر یکسان دانستن اموال منقول و غیرمنقول حمل کرده و معتقد است که حکم آن‌ها ارش و رجوع به قیمت در عیب متوسط است. ابن رشد برای تأویل این نظر روایت زیادی از مالک در ثیاب را مؤید آورده است (ابن رشد الجد، ۱۴۰۸ق، ج۲، ۱۰۱) و به همین دلیل بعضی از شیوخ مانند ابن یونس به این روایت استناد کرده و ثیاب را هم مانند ملک غیرمنقول دانسته‌اند (الخرشی، بی‌تا، ج۵، ۱۳۲؛ الدسوقی، بی‌تا، ج۳، ۱۱۴).

۳. قانون مدنی ایران

خیار عیب یکی از خیارات مصرح در قانون مدنی بر اساس مادهٔ ۳۹۶ است. حقوق‌دانان تعاریف متعددی از عیب بیان داشته‌اند. بروجردی عبده تحت تأثیر تعریف مشهور فقها (نجفی، ۱۳۶۵ق، ج۳۷، ۲۵۸) عیب را خروج شیء از مجرا و خلقت اصلی می‌داند (عبده بروجردی، ۱۳۸۰، ۱۹۷). تعریف مهدی شهیدی از عیب نیز از این قرار است: «عیب عبارت است از وضعیتی در مورد معامله که برخلاف وضعیت عادی و در حال سلامت آن می‌باشد» (شهیدی، ۱۳۸۲، ۶۱). در تعریف کامل‌تر ناصر کاتوزیان معتقد بود: «عیب، نقصی است که از بهای کالا یا انتفاع متعارف از آن بکاهد» (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۲۸۰-۲۷۹).

در حقوق ایران مباحثی که در لسان فقها وجود دارد در قانون مدنی به‌چشم نمی‌خورد و قانون مدنی به‌صراحت، ارش و حق فسخ را در عرض هم قرار داده است. حقوق‌دانان نیز در تألیفات خود به این نکته مهم نپرداخته‌اند و این وضع در بین شارحان قانون مدنی نیز از ابتدا تاکنون دیده می‌شود.

در مادهٔ ۴۲۲ قانون مدنی حقوق مشتری در صورت معیوب بودن مبیع بیان شده است. مشتری در صورت معیوب بودن مبیع دو حق دارد: اول، حق فسخ معامله و دوم، حق مطالبهٔ ارش.

به عبارت دیگر بر اساس مادهٔ یادشده مشتری مختار است که یکی از سه راه‌حل زیر را انتخاب کند:

الف) عقد بیع را به صورت یک‌جانبه منحل کرده، تمام ثمن پرداخت‌شده به فروشنده را مسترد دارد.

ب) عقد را منحل ساخته،کالای معیوب را برای خود نگه دارد و از فروشنده به لحاظ وجود عیب موجود، تفاوت قیمت صحیح و معیوب کالا را به‌عنوان ارش مطالبه کند.

ج) عقد منعقده را به انگیزهٔ شرافتمندانه یا غیر آن منحل ساخته، بدون مطالبهٔ ارش به تملک کالای ابتیاعی راضی شود و عملاً حق فسخ و نیز أخذ ارش را اسقاط کرده، بیع را مجانی امضا نماید. البته این اختیار از مفهوم مادهٔ ۴۲۲ قانون مدنی مستفاد می‌شود.

مهدی شهیدی اصطلاح خیار در قانون مدنی را صرفاً به معنای حق فسخ دانسته، حق مطالبهٔ ارش را داخل در حق پذیرش یا رد قرارداد نمی‌داند و به تعبیر دیگر حقی مستقل و هم‌عرض در کنار حق فسخ قائل است (شهیدی، ۱۳۸۲، ۶۵).

به‌نظر می‌رسد نوع مسئولیت بایع در مقابل مشتری به دلیل تسلیم مبیع معیوب، مسئولیت قراردادی باشد. توضیح بیشتر آنکه در حوزهٔ حقوق خصوصی، دو مبنای اصلی در خصوص مسئولیت وجود دارد: مسئولیت قراردادی که به دلیل نقض تعهدات ناشی از قراردادِ معتبر و لازم‌الاجرا، سبب ایجاد حق برای متعهدله می‌شود و در این صورت او می‌تواند با مطالبهٔ حقوق قانونی خود، انتظارات قراردادی خود را در حد مقدور مطالبه نماید. اما مسئولیت خارج از قرارداد، مسئولیتی است که آثار آن، نتیجهٔ ارادهٔ طرفین و یا توافق آنان نیست. این شکل از مسئولیت محدودهٔ بسیار گسترده‌ای دارد و به‌طور مفصل در کتاب‌ها و منابع حقوقی از آن بحث شده است (برای مطالعهٔ بیشتر، ر.ک. طاهری، ۲۳۵ – ۲۰۵).

در خصوص اینکه آیا ارش در حقوق ایران جزئی از ثمن است یا نه، ظاهر مادهٔ ۴۲۷ قانون مدنی این است که ارش جزئی از ثمن است و باید از عین ثمن به مشتری مسترد شود. در حقوق ایران بروجردی عبده و جعفری لنگرودی معتقد به این قول هستند (بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ۲۵۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ۴۱۲).

در مقابل ناصر کاتوزیان معتقد است که در تفسیر مادهٔ ۴۲۷ باید از ظاهر آن دست شست و به این مسئله توجه کرد که این ماده صرفاً در مقام تعیین شیوهٔ محاسبهٔ ارش است و در مقام تبیین ماهیت ارش نیست. ماهیت ارش غرامت و جبران زیانی است که از عیب مبیع به مشتری وارد می‌شود و می‌تواند از هر چیزی پرداخت گردد که اغلبْ شیوهٔ پرداخت از طریق وجه نقد است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۳۱۳). در مبنای منتخب در مورد نظریهٔ اتخاذی به بیان مبنای منتخب خواهیم پرداخت.

۴. مبنای منتخب

با بررسی اقوال فقهای عامه و امامی‌مذهب مشخص شد که در همهٔ مذاهب اسلامی اختلاف در طولی یا عرضی بودن تخییر به مسئلهٔ توصیف ارش بر می‌گردد که آیا مطابق با قاعده است یا خلاف قاعده. ما معتقدیم اگر قائل به نظریهٔ عمومی ارش باشیم در این صورت بدون هیچ شک و شبهه‌ای به عرضی بودن اختیار مشتری در اعمال خیار یا مطالبهٔ ارش خواهیم رسید. درواقع به‌نظر می‌رسد از عقاید پراکندهٔ فقهای امامیه در این خصوص می‌توان به تحلیلی دیگر دست یافت و آن این است که ارش مطابق با قاعده است ولی جزئی از ثمن محسوب نمی‌شود، بلکه ماهیت آن جنبهٔ غرامت (از نظر فقها) و خسارت قراردادی (از دیدگاه حقوق‌دانان) دارد. نگاهی دوباره به ادلهٔ این باب می‌تواند استدلال ما را تقویت کند. توضیح آنکه در اثر قرارداد تعهداتی برعهدهٔ طرفین مستقر می‌شود. یکی از این تعهدات مهم در عقود معاوضی این است که طرف قرارداد کالایی را تسلیم نماید که مطابق اوصاف مقرره در قرارداد باشد. عدم انجام این تعهد خود تخلف قراردادی است و باعث می‌شود که طرف قرارداد مسئولیت داشته باشد. این نوع مسئولیت چون ناشی از قرارداد است مسئولیت قراردادی نام دارد و طرف قرارداد باید خسارت یا غرامت عدم انجام تعهد خود را پرداخت نماید. اشکال قابل طرح اینست که گفته شود درنهایت حق خریدار تخییر بین نگه‌داشتن مبیع و مطالبهٔ ارش و یا رد مبیع است و این دو قابل جمع با همدیگر نیستند.

درحالی که مطلوب این بود که ادله بر قابل جمع بودن این دو راه‌حل اقامه شود؛ یعنی خریدار هم حق ردّ مبیع و هم حق مطالبهٔ ارش یا خسارات قراردادی را داشته باشد. این استدلال در ابتدا بسیار موجه به‌نظر می‌رسد، اما ایراد بزرگ این نظریه این است که در حقوق قراردادها اصلی به نام لزوم وفای به عهد داریم که از امهات حقوق قراردادها در همهٔ نظام‌های حقوقی است. درواقع نظریهٔ عمومی ارش به دلالت التزامی از قاعدهٔ لزوم وفای به عهد- که یک اصل اخلاقی مسلم در حوزهٔ زندگی بشر است- انتزاع می‌شود. به تعبیر علامه طباطبایی: «حسن وفای به عهد و قبح نقض عهد از فطریات بشر است و انسان در زندگی فردی و اجتماعی بی‌نیاز از عهد و وفای به آن نیست» (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج۵، ۲۵۹). در فقه امامیه نیز هماهنگ با این اصلِ فطری اصل بر لزوم و انجام تعهدات است. بنابراین در التزام به حسن وفای به عقد معتقدند وفای به عهد و شرط به دلیل عموماتی چون «اوفوا بالعقود» و «المومنون عند شروطهم» بر متعهد واجب است و متعهدله باید ابتدائا او را الزام به انجام تعهد نماید (انصاری، ۱۴۲۵ق، ج۶، ۶۲). بر مبنای همین الزام اخلاقی است که می‌توان به نظریهٔ عمومی ارش رسید. درست است که وجوب جنبهٔ تکلیفی و ارش جنبهٔ وضعی دارد، اما تردیدی نیست که حکم وضعی چه به‌نحو مستقل و چه به‌نحو واحد از سوی فقها در باب قاعدهٔ لزوم وفای به عقد بیان شده است (برای مطالعهٔ بیشتر، ر.ک. انصاری، ۱۴۲۵ق، ج۵، ۱۹) که می‌گوید: ان لیس المستفاد منها الا حکم واحد تکلیفی یستلزم حکما وضعیا)؛ بنابراین اثبات نظریهٔ عمومی ارش می‌تواند از باب التزام اخلاقی به عقود و پیمان‌ها نیز تفسیر شود. با این توضیح که ماهیت ارش خسارت و غرامتی است که در نتیجهٔ نقض قرارداد و عدم انجام صحیح قرارداد از سوی ناقض قرارداد باید پرداخت شود و در این صورت مطابق با قاعده خواهد بود. چراکه قاعده این است هروقت قرارداد نقض شد، ناقض قرارداد باید خسارت نقض خود را بپردازد و چون بنای حقوق قراردادها بر حفظ قرارداد است، حفظ قرارداد بر فسخ آن اولویت دارد. نظریهٔ عمومی ارش برای جبران خسارتِ طرف زیان‌دیده خواهد بود. شاید بتوان به رگه‌هایی از این نظریه در کلام برخی از فقهای معاصر دست یافت: «ارش از امور تعبدیه نیست تا اینکه محتاج به بیان آن در بیان شارع باشد، و نه از موضوعاتی که نیاز به استنباط فقیه داشته باشد تا او اعمال فکر و اجتهاد در ادله کند، بلکه ارش از امور عرفی بین تجار، متعاملین و اهل بازار است، و لازم است به اهل خبره از میان تجار رجوع شود، و اگر به سواد مردم و اهل بازار مراجعه کنید خواهند گفت: ارش همان

ارزش مالی است که بخشی از ثمن در ازای شرط سلامت مبیع پرداخت می‌شود در نتیجه ارش غرامتی خارج از ذات عوضین است.... همچنین ضمان معاملی عبارت از تعهد به شیء در معامله ولو در عالم لُب (بنابر دیدگاه سید یزدی) و یا در عالم واقع است و از عهده‌اش ضمان معاملی خارج نمی‌شود مگر زمانی که خسارات و ارش را تدارک کند. و بایع در مقابل مشتری التزام می‌شود و آنچه را که مستحق بر زاید عین است أخذ می‌کند. در نتیجه حتی اگر عدم وصف بودن سلامت مبیع آشکار شد و قایل بودیم وصف سلامت وصف مبیع است نه جزء آن واجب است از عهدهٔ فروشنده به دفع عوض آن در اینصورت پرداخت ارش به حسب بناء معاملی و مرتکزات ناس مطابق با قاعده است» (سبزواری، ۱۴۱۷ق، ج۱۷، ۲۰۰). اینکه محقق سبزواری تأکید بر مطابق با قاعده بودن ارش دارد، به معنای نظریهٔ عمومی ارش در قراردادهاست که قطعاً یکی از مبانی آن لزوم وفای به تعهدات خواهد بود. حال اگر طرف دیگر قرارداد اختیار جمع بین ضمانت اجراهای قراردادی را داشته باشد وفا و لزوم که از لوازم وفای به عهد است سست شده، قراردادها با کوچک‌ترین نقضی در معرض فروپاشی قرار خواهند گرفت؛ امری که مطلوب شارع و قانون‌گذار نخواهد بود. بنابراین به‌نظر می‌رسد تخییر به‌نحو عرضی بر قابل جمع بودن ضمانت اجراهای قراردادی ترجیح دارد و با مبانی حقوق قراردادها سازگارتر است.

۱,۴. ادلهٔ نظریهٔ عمومی ارش

۱,۱,۴. بررسی روایات[۱]

در روایت حمادبن عیسی (حر عاملی، ۱۴۱۰ق، ج۱۲، ۴۱۵) و روایت عبدالملک (حر عاملی،۱۴۱۰ق، ج۱۲، ۴۱۶، ح۲) که می‌گویند: «له ارش العیب»؛ یعنی مشتری حق دارد

---

۱. اخبار داله بر خیار عیب کثیر است:

۱- مرسله جمیل عن احدهما(ع) فی الرجل یشتری الثوب او المتاع فیجد فیه عیبا،فقال: «ان کان الشیء قائما بعینه رده علی صاحبه و اخذ الثمن،و ان کان الثوب قد قطع او خیط او صبغ یرجع بنقصان العیب» (الوسائل، ج۱۸، ۳۰، ب۱۶ من الخیار ح۳).

۲- روایت زراره عن ابی جعفر(ع) قال: «ایما رجل اشتری شیئا و به عیب و عوار لم یتبرا الیه ولم یبین له فاحدث فیه بعد قبضه شیئا ثم علم بذلک العوار و بذلک الداء،انه یمضی علیه البیع و یرد علیه بقدر ما نقص من ذلک الداء و العیب من ثمن ذلک لو لم یکن به» (همان، ح۲» و غیر از این روایات، نک: وسائل، ج۱۸، ۲۹، ب۱۶ من الخیار.

۳- روایات دال بر اینکه اگر در کنیز عیبی غیر از حمل بعد از وطی ظاهر شود،رد نمی‌شود، بلکه ارش ثابت می‌شود و روایات دال بر این است که جاریه از باب احداث سنه رد می شود. نک: الوسائل، ج۱۸، ۹۸ و ۱۰۲، ب۲ و ۴ از احکام عیوب. این روایات بر آنچه که مشهور اعتقاد دارند البته دلالت ندارد.

ارش عیب را از بایع بگیرد، اما در روایت مشخص نشده است که از چه مالی بگیرد. هردو روایت اطلاق دارد که جنبهٔ غرامت و خسارت دارد. اما مطابق قاعده بودن را نیز می‌توان از اطلاق این روایت به‌دست آورد، زیرا شارع مقدس با استشمام فهم عرف از معاملات دریافته است که بنای عقلا و اهل عرف به وصف سلامت بیشتر از سایر اوصاف اهمیت می‌دهد و اگر در این اوصاف ارشِ پیش‌بینی‌شده نه از باب این بوده که خلاف قاعده و تعبد است، بلکه تحلیل جامع به ما می‌رساند که این اخبار ارشادی است بر فهم عرف از وصف سلامت.

در تعابیری که شیخ انصاری در مقام تحلیل روایات مطرح کرده است نیز می‌توان تحلیلی را که ارائه شد مشاهده کرد. وی در مقابل استناد گروه دوم به برخی از روایات، می‌گوید: «بایع باید تفاوت صحیح و معیب را به مشتری رد کند و یا تفاضل و زیادی را رد کند» (شیخ انصاری، ۱۴۲۰ق، ۳۹۶ و ۳۹۷). ظاهر این روایت این است که باید آن مقداری که رد می‌کند از همان چیزی باشد که قبلاً از مشتری گرفته است و از عین ثمن باشد. انصاری می‌فرماید: «تعابیر مزبور از باب این است که غالباً در معاملات ثمن به دست بایع رسیده و قبض و اقباض حاصل شده چون نقدی معامله می‌کنند و غالباً هم ثمن از نقدین یعنی درهم و دینار یا پول رایج بلد است و حکم به رد تفاوت یا تفاضل و.... به اعتبار نوع است. به عبارت دیگر باید از همین نقد رایج بلد باید بدهد نه به لحاظ شخص که از عین ثمن مقداری بپردازد. و این معنی با دقت و تأمل تام و تمام در مفاد روایت حاصل می‌شود.

ضمناً از پاسخ روایات مذکور، پاسخ روایت دیگر هم داده می‌شود و آن روایت ابن سنان است که می‌گوید: اگر پول را هنوز مشتری به بایع نداده فهمید که مبیع معیوب است می‌تواند به مقدار عیب از خود ثمن کسر کند و بقیه را به بایع بدهد و پاسخ این است که باز غالباً ثمن در معاملهٔ کلی است و وقتی کلی شد به ذمهٔ مشتری می‌آید و وقتی به سبب عیب در مبیع، بایع مشغول الذمه شد به ارش، مشتری می‌تواند عوض عیب را از پول دیگر از او بگیرد، یا اگر مقروض است از بابت قرض خود حساب کند و یا از همین ثمن که به ذمه‌اش آمده حساب کند و مقداری را بردارد و بقیه را بدهد» (انصاری، ۱۴۲۰ق، ج۵، ۳۹۶).

ملاحظه می‌شود که از این تعابیر استفاده شده که ماهیت ارش غرامتی است که به‌واسطهٔ عقد متحمل می‌شود و این همان اصلی است که دنبال اثبات آنیم و ارش را

خسارتی می‌دانیم که در نتیجهٔ قرارداد و ضمان معاوضی بر بایع تحمیل می‌شود. به عبارت دیگر، ارش غرامت و خسارت قراردادی ضمان معاوضی در عقود معاوضی است. حتی برخی از فقها و استادان معاصر (سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳ق، ج۱، ۴۲۷) در تفسیری موسع بر این باورند که ارش بر اجزا و صفات صحیحه و کمالیه مطلقاً و هرآنچه که موجب کثرت رغبت و بذل ثمن زائدی که طرفین آن را انشا می‌کنند یا بنائا معامله بر آن انجام می‌شود تقسیط می‌شود.

از نظر ایشان «فرق واضحی بین مقام ما و آنچه که حکم به انفساخ از اول مثل جایی که بیع ما یملک و ما لایملک به کالای واحد باشد وجود دارد زیرا فقها در آنجا حکم به صحت ما یملک و بطلان ما لایملک دادند. این حکم به خلاف تخلف وصف و جزئی است که مشابه تخلف وصف است در اینجا دو طریق است: یکی از آنها ردّ معامله از ابتدا است و فسخ معامله است، و دیگری قبول معامله و انحلال آن در جزء و وصف است، و به این خاطر است که حکم به انفساخ در این مورد نکردند زیرا امر دائر بین فسخ کل یا خصوص جزء و وصف است» (همان).

در واقع حتی اگر با کلام ایشان موافق نباشیم که ارش جزئی از ثمن است، در نتیجه‌گیری ایشان که ارشِ پرداختی مطابق با قاعده است، اتفاق داریم. حتی اگر در توصیف آن دچار اختلاف شویم و آن را بر طبق مبنای آیت‌الله سبحانی بخشی از ثمن و بر طبق مبنای اتخاذی غرامت و خسارت بدانیم، مشکلی در اصل مسئله نخواهد بود.

۲،۱،۴. بنای عقلا

بنای عقلا هم تأیید می‌کند که پرداخت ارش خسارت است و مطابق با قاعده محسوب می‌شود. درواقع در تعریف بنای عقلا گفته شده است که بنای عقلا «استمرار عمل و روش تودهٔ عقلا در محاورات، معاملات و سایر روابط اجتماعی بدون درنظر گرفتن کیش، آیین و ملت آنها است». از نظر برخی از فقها مراد از بنای عقلا همان استمرار عقل عقلا بما هو عقلا است» (کاظمی خراسانی، ۱۴۰۶ق، ج۴، ۱۹۲؛ بروجردی، بی‌تا، ۱۳۷؛ صدر ۱۴۰۵ق، ج۱، ۱۱۱؛ ذهنی تهرانی، ۱۳۸۸، ج۳، ۷۶۰ به بعد). عقلا بما هو عقلا نیز پرداخت غرامت را تجویز می‌کنند. در نتیجه ارش امری مطابق با بنای عقلا و مطابق با اصل است و شارع

مقدس نه‌تنها ردعی ننموده، بلکه بازنگری در روایات دال بر این است که بنای عقلا را تنفیذ نیز کرده است.

۳,۱,۴. نظریهٔ جزئیت

تحلیل رابطهٔ میان شرط و عقد بر اساس احیای نظریهٔ جزئیت نیز می‌تواند اثباتگر نظریهٔ عمومی ارش باشد. بر پایهٔ این نظریه، شرط جزئی از عوضین است. عبارت مشهور در این خصوص در لسان فقها عبارتِ «للشرط قسط من الثمن» است که بر این اساس، وجود یا نبود شرط باعث تأثیر در ثمن معامله می‌شود و اگر شرط باطل باشد، مابه‌ازای آن از ثمن نیز باطل است (حلی، ۱۴۱۳ق، ج۵، ۳۲۱).

همان‌طوری که برخی از نویسندگان به‌درستی یادآور شده‌اند: «لازمهٔ این نظریه آن است که در صورت تخلف از شرط، مشروط‌علیه بتواند ثمن را تقسیط کند و بر مشروط‌علیه لازم است قسمتی از ثمن را که در برابر شرط قرار گرفته است به طرف مقابل برگرداند. امری که معتقدان به این نظریه نیز بدان ملتزم نشده‌اند و برخی از فقیهان در انتقاد به این دیدگاه بیان داشته‌اند که این نظر برخلاف فهم عرفی از مفاد عقد است و عرف میان جزء و شرط تفاوت می‌گذارد» (عبدی‌پور و ثقفی، ۱۳۸۷، ۶۶ و ۶۷).

در واقع یا قائل به نظریهٔ جزئیت رابطهٔ شرط با عقد هستیم که در این صورت قطعاً موافق أخذ ارش در قراردادها به‌عنوان نظریهٔ عمومی خواهیم بود. بر فرض اینکه حتی قائل به نظریهٔ جزئیت نباشیم و معتقد باشیم که فقهای متأخر برخلاف فقهای متقدم قائل به نظریهٔ جزئیت نیستند، در این صورت نیز عدم انجام شرط باعث خواهد شد که به‌عنوان ضمانت اجرا طرف ناقض قرارداد را به جبران خسارت وادار سازیم، زیرا ارش فقط در قراردادهای عین معین اعمال می‌شود؛ بنابراین ضمانت اجراهای طولی مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ در مورد آن کارایی نخواهد داشت. طبیعی است الزام به انجام تعهد در مورد عین معین معیوب معنی ندارد و به طریق اولی نیز ثالث نمی‌تواند الزام متعهد را انجام دهد. بنابراین فقط ارش ثابت خواهد شد که به‌نظر می‌رسد امری مطابق با قاعده خواهد بود، زیرا در هر صورت متعهد شده بود که مبیع را سالم تحویل دهد و به این تعهد قراردادی خود عمل نکرده است؛ بنابراین باید خسارت نقض تعهد قراردادی خود را جبران نماید.

در بیانی مشابه، سید مصطفی محقق داماد نیز می‌نویسد: «شرط بهرحال دارای ارزش است و در فرض تخلف باید به نحوی منظور و جبران گردد و به هیچ وجه قائل شدن به حق خیار جبران زیان مشروطله را نمی‌کند. بنابراین، هرچند می‌پذیریم که شرط دقیقاً جزئی از عوضین نیست، ولی در حکم آن است و لذا جبران آن از طریق چیزی شبیه ارش با مشکلی مواجه نخواهد شد» (محقق داماد، ۱۳۹۵، ۳۵۰).

شاید بیان شود که نظر وی مبتنی بر این است که اثر شرط تعهد مالی ایجاد کرده، لذا شرط فعل قابل تخلف نیست. ولی دیدگاه ایشان اثبات نشده است، بنابراین نمی‌توان به‌عنوان مبنای نظریهٔ عمومی ارش استفاده شود. پاسخ این اشکال این است که قدر متیقن اینست در مورد مبیع معیوب شرط سلامت دارای ارزش مالی است و همین قدر متیقن کفایت می‌کند که قائل به جبران خسارت باشیم؛ حال چه در قالب نقض تعهد قراردادی و چه در قالب غرامات شرعیه. بنابراین در هر صورت پرداخت خسارت قابل توجیه است. اما به‌نظر می‌رسد نظریهٔ مختار قوی‌تر باشد، زیرا نقض تعهد قراردادی مستلزم جبران خسارت است؛ چه شرطْ فی‌نفسه دارای مالیت باشد و چه نباشد، نقض تعهد قراردادی باید جبران شود. بنابراین در بدبینانه‌ترین حالت دیدگاه محقق داماد می‌تواند به‌عنوان مؤید نظریهٔ عمومی ارش تلقی شود.

۲,۴. تحلیل رابطهٔ عرضی بر مبنای نظریهٔ عمومی ارش

به‌نظر می‌رسد ادلهٔ کسانی که ارش را ناظر به تعذر از رد می‌دانند بدون توجه به مسئلهٔ بنای عقلا و عرف در معاملات است و نگاه فلسفی به روایات دارند. اگر از منظر عرف به این روایات بنگریم، تخییر در أخذ ارش و فسخ معامله به‌صراحت قابل اثبات است.

بنابراین اثبات نظریهٔ عمومی ارش باعث خواهد شد که در صورت نقض تعهد از سوی فروشنده در تحویل کالای مطابق با قرارداد، خریدار مختار خواهد بود که برای جبران ضرر وارده به خود یا انتخاب نماید که قرارداد را فسخ کند یا بابت نقض تعهد قراردادی فروشنده ارش را مطالبه نماید؛ امری که مطابق عرف و عادت است، زیرا عرفاً مردم بین وصف سلامت و سایر اوصاف تفاوت قائل می‌شوند. بنابراین اثر چنین تفاوتی، تفاوت در ضمانت اجرا خواهد بود.

نتیجه

با بررسی عقاید مختلف فقهای عامی‌مذهب و امامی‌مذهب دیدیم که همگی در اینکه در اثر خیار عیب برای مشتری تخییر در اعمال حق به‌وجود خواهد آمد، اتفاق نظر دارند. اما در چگونگی اعمال این حق تخییری اختلاف نظر وجود دارد. صرف‌نظر از قولی از فقهای عامه که قائل به تفاوت بین عیب کثیر و یسیر بود و مبنایی جز ظاهر روایات نداشت، دو نگاه عمده در توصیف این تخییر وجود دارد؛ گروهی از فقها قائل هستند به اینکه ارشْ مابه‌التفاوت جزئی از ثمن است که در مقابل مبیع معیوب قرار دارد؛ بنابراین تخییر را تخییر عرضی معرفی می‌کنند و به این ترتیب، خریدار را مخیر در اعمال حق فسخ یا مطالبهٔ ارش می‌دانند. درمقابل، فقهایی معتقدند صحت فقط وصف است. آن‌ها بر این باورند که ارش فقط نوعی غرامت شرعیه است که با دلیل خاص ثابت شده است؛ بنابراین موارد پرداخت ارش مضیق به موردی است که رد غیرممکن باشد و به این ترتیب، قائل به تخییر طولی‌اند.

به‌نظر می‌رسد تحلیل سومی نیز بر اساس نظریهٔ عمومی ارش می‌توان ارائه داد و آن این است که با توجه به اهمیت وصف سلامت در نزد شارع مقدس و قانون‌گذار عرفی می‌توان قائل بود که ارش ضمانت اجرای عدم انجام تعهدات قراردادی فروشنده است که باعث می‌شود خسارت عدم انجام قرارداد را بپردازد و این در کنار ضمانت اجرای سایر خیارات که فسخ قرارداد است، می‌باشد. بنابراین می‌توان گفت ارش مابه‌التفاوت وصف سلامت بوده، اما باعث تخییر عرضی است.

اگر این تفسیر را بپذیریم، مطالبهٔ ارش به عیب اختصاص ندارد و در هر صورت که مبیع مطابق اوصاف مقرره تسلیم نشود، در کنار حق فسخ، من له الحقْ حقٌ مطالبهٔ خسارات قراردادی بر اساس عدم تسلیم مطابق با اوصاف مقررهٔ کیفی را خواهد داشت. در این صورت ارش مطابق با قاعده خواهد بود و به بیع اختصاص نخواهد داشت. این تحلیل با نگاه اقتصادی به حقوق قراردادها هم تناسب دارد که نگارندگان در مقالهٔ دیگری به تحلیل اقتصادی آن پرداخته‌اند. به‌نظر می‌رسد که ارش قابلیت آن را دارد که به‌عنوان نظریهٔ عمومی مطرح شود. اگر ارش نظریهٔ عمومی باشد، هم موافق عدالت معاوضی و هم تحلیل اقتصادی قرارداد است.

منابع و مآخذ

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق)، ***حاشیهٔ مکاسب***، تهران: وزارت ارشاد اسلامی.

۲. ابن بابویه (۱۴۰۶ق)، ***فقه الرضا***، مشهد: الفقه الرضوی الموتمر العالمی للامام الرضا.

۳. ابن رشد الجد القرطبی، ابوالولید (۱۴۰۸ق)، ***المقدمات اللمهدات***، جلد دوم، چاپ اول، بیروت: دارالغرب الاسلامی

۴. ابن رشد الحفید القرطبی، ابوالولید احمدبن رشد (۱۴۲۵ق)، ***بدایه المجتهد و نهایه المقتصد***، جلد سوم، دمشق: دارالکتب العلمیه.

۵. ابن قدامه، ابو محمد (۱۳۸۸ق)، ***المغنی ابن قدامه***، جلد چهارم، مکتبه القاهره.

۶. ابن نجیم المصری، زین‌العابدین بن ابراهیم بن محمد (بی‌تا)، ***البحر الرائق شرح کنز الدقائق***، جلد ششم، دارالکتاب الاسلامی

۷. ابن همام، کمال‌الدین (۱۴۲۴ق)، ***شرح فتح القدیر علی الهدایه شرح بدایه المبتدی***، جلد پنجم.

۸. السرخسی، محمد بن احمد بن ابی سهل شمس الائمه (۱۴۱۴ق)، ***المبسوط***، جلد سیزدهم.

۹. النووی، ابو زکریا محیی‌الدین یحیی بن شرف (بی‌تا)، ***المجموع شرح المهذب***، جلد دوازدهم، دمشق: دار الفکر.

۱۰. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۲۰ق)، ***المکاسب***، جلد پنجم و ششم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.

۱۱. بحرانی،یوسف (۱۴۰۸ق)، ***الحدائق الناظره***، جلد نوزدهم، قم: مؤسسهٔ النشر الاسلامی.

۱۲. بروجردی، محمدتقی (۱۴۰۸ق)، ***تقریر بحثهای آقا ضیاء عراقی، نهایه الافکار***، قم: مؤسسهٔ النشر الاسلامی

۱۳. بلخی، شیخ نظام‌الدین (بی‌تا)، ***الفتاوی الهندیه***، جلد سوم، قاهره: دارالکتب العلمیه.

۱۴. بهوتی، منصوربن یونس (بی‌تا)، ***کشف القناع عن متن الاقناع***، جلد سوم، قاهره: دارالکتب العلمیه.

۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، ***فرهنگ عناصرشناسی***، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش.

۱۶. حسینی عاملی، سید محمدجواد (بی‌تا)، ***مفتاح الکرامه***، جلد چهارم، قم: مؤسسهٔ آل البیت لاحیاء التراث.

۱۷. حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۱۰ق)، ***وسائل الشیعه***، جلد دوازدهم، قم: مؤسسهٔ آل البیت(ع).

۱۸. حطاب الرعینی المالکی، عبدالرحمن طرابلسی المغربی (بی‌تا)، ***مواهب الجلیل فی شرح مختصر الخلیل***، جلد چهارم.

۱۹. الخرسی المالکی، محمدبن عبدالله (بی‌تا)، ***شرح مختصر***، جلد پنجم.

۲۰. الدسوقی، محمدبن احمدبن عرفه (بی‌تا)، ***حاشیه الدسوقی علی الشرح الکبیر***، جلد سوم، دمشق: انتشارات دارالفکر

۲۱. ذهنی تهرانی، محمدجواد (۱۳۸۸)، ***بیان المراد شرح فارسی بر اصول الفقه مرحوم مظفر***، جلد سوم، گنجینهٔ ذهنی.

۲۲. روحانی، سید محمد (۱۳۷۸)، ***المرتقی الی الفقه الارقی***، جلد دوم، تهران: دارالجلی.

۲۳. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۴ق)، ***المختار فی احکام الخیار،دراسه مبسوطه فی الخیار و احکامه و الشروط و النقد والنسئیه و القبض***، قم: مؤسسهٔ الامام الصادق (ع).

۲۴. سیوطی، مصطفی و الشطی،حسن (۱۳۸۱ق)، ***مطالب اولی النهی فی شرح غایه المنتهی***، جلد سوم.

۲۵. شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، ***حقوق مدنی***، جلد ششم، تهران: انتشارات مجد.

۲۶. صدر، محمدباقر (۱۴۰۵ق)، ***دروس فی علم الاصول***، جلد اول، بیروت: دارالمنتظر.

۲۷. طباطبائی، سید محمدحسین (۱۳۷۴)، ***ترجمه المیزان***، جلد پنجم، مترجم: سید محمدباقر موسوی همدانی، قم: نشر جامعهٔ مدرسین.

۲۸. طباطبائی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۲۳ق)، ***حاشیه المکاسب***، جلد سوم، قم: دار المصطفی لاحیاء التراث.

۲۹. عاملی (شهید اول) محمدبن مکی (بی‌تا)، ***القواعد و الفوائد***، جلد دوم، قم: مکتبه المفید.

۳۰. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین علی (۱۴۰۳ق)، ***الروضه البهیه***، جلد سوم، مؤسسهٔ دارالعالم الاسلامی.

۳۱. عبده بروجردی، محمد (۱۳۸۰)، ***حقوق مدنی***، چاپ اول، تهران: انتشارات خرسندی.

۳۲. عبدی‌پور، ابراهیم و ثقفی، علی (۱۳۸۷)، «***ارش شرط***»، مجلهٔ فقه و حقوق، شمارهٔ ۱۹.

۳۳. علامه حلی، حسن‌بن یوسف (۱۴۱۰ق)، ***ارشاد الاذهان***، جلد اول، قم: مؤسسهٔ نشر اسلامی.

۳۴. علامه حلی، حسن‌بن یوسف (۱۴۱۳ق)، ***مختلف الشیعه فی احکام الشریعه***، جلد پنجم، چاپ دوم، قم: دفتر نشر اسلامی.

۳۵. فتوحی حنبلی ابن نجار، تقی‌الدین (۱۴۱۹ق)، ***منتهی الارادات***، جلد دوم، چاپ اول، عربستان: مؤسسهٔ الرساله.

۳۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴)، ***حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها***، جلد پنجم، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.

۳۷. کاسانی حنفی، علاالدین، ابوبکربن مسعودبن احمد (۱۴۰۶ق)، ***بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع***، چاپ دوم، دمشق: دارالکتب العلمیه

۳۸. کاظمی خراسانی، محمدعلی (۱۴۰۸ق)، ***تقریرات بحث خارج اصول میرزای نائینی، فوائد الاصول***، جلد چهارم، قم: مؤسسهٔ نشر الاسلامی.

۳۹. مجموعه من المولفین (۱۴۲۰ق)، ***الموسوعه الفقهیه الکویتیه***، جلد بیستم، کویت: دارالسلاسل.

۴۰. محقق اصفهانی، محمدحسین (۱۴۲۰ق)، **حاشیهٔ المکاسب**، جلد چهارم، قم: دارالمصطفی لاحیاء التراث.

۴۱. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۵)، ***نظریهٔ عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی***، چاپ چهارم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

۴۲. محقق کرکی (ثانی)، علی‌بن الحسین (۱۴۰۸ق)، ***جامع المقاصد***، جلد چهارم، قم: مؤسسهٔ آل البیت لاحیاء التراث.

۴۳. مقدس اردبیلی، احمد (۱۴۰۵ق)، ***مجمع الفائده و البرهان***، جلد هشتم، قم: مؤسسهٔ النشر الاسلامی.

۴۴. موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۴۱۶ق)، ***تحریر الوسیله***، جلد اول، قم: مؤسسهٔ النشرالاسلامی.

۴۵. موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۴۱۰ق)، ***البیع***، جلد پنجم، قم: مؤسسهٔ النشر الاسلامی.

۴۶. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷ق)، ***مصباح الفقاهه***، به قلم محمدعلی توحیدی، جلد سوم و هفتم، قم: مؤسسهٔ انصاریان.

۴۷. نجفی، محمدحسن (۱۳۶۷)، ***جواهر الکلام***، *جلد* ۳۷، تهران: دار الکتب الاسلامیه.

۴۸. وحید بهبانی، محمد باقر (۱۴۲۱ق)، ***حاشیه مجمع الفائده و البرهان***، قم: مؤسسهٔ علامه مجدد وحید بهبانی.

نشریه علمی مطالعات حقوقی معاصر، سال دهم، شماره نوزدهم، پاییز و زمستان ۹۸، صفحات ۵۱- ۷۶

تاریخ دریافت: ۹۷/۱۱/۰۷ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۹/۰۴/۲۵

مطالعهٔ رعایت قواعد ماهوی اصول دادرسی منصفانه در مقررات نظام‌های حرفه‌ای ایران

رضا پرستش[۱]
سحر خسروی دانش[۲]

چکیده

پیشرفت‌های گوناگون انسان‌ها و تخصصی شدن، قلمروهای نوین کنش‌گری انسان را در جامعه پدید آورده، بنابراین ضرورت پیدایش نظام‌های حرفه‌ای را دامن زده است. در راستای اصل حاکمیت قانون، هریک از این نظام‌ها تابع مقررات حرفه‌ای خاصی هستند که از یک سو به بیان روندهای جاری آن حرفه و از سوی دیگر به تخلفات احتمالی اعضای حرفه و ضمانت اجراهای آن‌ها می‌پردازد. رسیدگی به تخلفات و تعیین ضمانت اجراها در مراجع شبه قضایی انجام می‌شود که ارزیابی عملکرد آن‌ها از چشم‌انداز رعایت سنجهٔ مهمی چون دادرسی منصفانه دارای اهمیت است. این پژوهش که با روش توصیفی- تحلیلی نگاشته شده، در صدد است تا اصول قواعد ماهوی سنجهٔ دادرسی منصفانه را در مقررات نظام‌های حرفه‌ای ایران بررسی کند. دادرسی منصفانه یکی از دانش- واژگان مهم حقوقی است که برآیندهای عملی بسیاری را در حفظ حقوق بنیادین طرفین دادرسی و نیز در جامعه دارد. حق انتخاب وکیل، حق سکوت، حق دفاع و ...، نمودهای دادرسی منصفانه است که در مراحل گوناگون رسیدگی باید اعمال شود. اصل برائت، اصل قانونی بودن جرم و مجازات و نیز منع مجازات مضاعف، شماری از مهم‌ترین اصول قواعد ماهوی دادرسی منصفانه است. پدیدآورندگان این پژوهش دریافته‌اند که در پاره‌ای از مقررات نظام‌های حرفه‌ای، اصول دادرسی منصفانه مورد پذیرش صریح قرار نگرفته است و این کاستی باید در بازنگری‌های آتی مورد توجه قرار گیرد. تا آن هنگام، مراجع شبه قضایی که بر پایهٔ مقررات نظام‌های حرفه‌ای به احراز ارتکاب تخلف و تعیین ضمانت اجرای آن می‌پردازند، باید در اِعمال قواعد ماهوی دادرسی منصفانه کوشا باشند.

واژگان کلیدی: اصول دادرسی، دادرسی منصفانه، قواعد ماهوی، مراجع شبه قضایی، نظام حرفه‌ای.

---

۱. مربی دانشگاه گیلان، گیلان-ایران (نویسندهٔ مسئول) parastesh@guilan.ac.ir
۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی واحد انزلی، انزلی-ایران sahar.danesh.khosravi@gmail.com

مقدمه

گسترش اندیشه‌های انسان‌گرایانه در سده‌های گذشته در سرتاسر جهان نظام‌های حقوقی را نیز متأثر کرده است؛ به‌گونه‌ای که در هریک از سازه‌های نظام‌های حقوقی، میزان و نیز چگونگی پدیداری ارزش‌های انسانی دارای اهمیت بوده، به پیامدهایی محسوس نیز منجر می‌شود.

امروزه به‌زمامداری یا حکمرانی مطلوبْ خود یکی از ارزش‌های مهم در عملکرد حاکمیت هاست و در شمار مهم‌ترین مطالبات افکار عمومی قرار دارد. به‌زمامداری در سازهٔ تقنینی حاکمیت نیز بر رعایت اصل ضرورت در قانون‌گذاری و نیز رعایت سنجه‌هایی همانند عقلایی بودن و پیش‌بینی بسترهای لازم برای نهادینگی اصل حاکمیت قانون در جامعه تأکید دارد.

در این میان، پیاده‌سازی روندهای پیش‌گفته در سطوح گوناگون مقررات دارای اهمیت است. افزون بر قوانین اساسی و عادی، نظام‌های حرفه‌ای نیز که به تنظیم امور در حرفه‌ها و صنف‌های گوناگون می‌پردازند باید با پیروی از اصول پیش‌گفته، افزون بر کوشش در راه انتظام بخشیدن به قلمرو کارکردی خود، در راه پاسداشت مفاهیم بنیادینی همانند دادرسی منصفانه که به‌ویژه در دهه‌های گذشته در سپهر نظام‌های حقوقی درخشیده است، کوشا باشند.

بر پایهٔ این مراتب، این نوشتار که با روش توصیفی- تحلیلی و با بهره‌گیری از منابع دسته اول پژوهشی نگاشته شده، در صدد است تا به این پرسش پاسخ دهد که قواعد ماهوی دادرسی منصفانه چگونه در نظام‌های حرفه‌ای ایران سازمان یافته‌اند. در این راستا پس از مطالعهٔ مفاهیم مقررات نظام‌های حرفه‌ای ایران و نیز دادرسی منصفانه، هریک از مؤلفه‌های قواعد ماهوی دادرسی منصفانه در نظام‌های حرفه‌ای ایران بررسی می‌شود.

۱. مقررات نظام‌های حرفه‌ای ایران

این تحقیق به مطالعهٔ رعایت اصول و قواعد دادرسی منصفانه در مقررات نظام‌های حرفه‌ای می‌پردازد. ازهمین‌رو در آغاز باید مقررات نظام‌های حرفه‌ای ایران را مطالعه کرد. در

این راستا و در ادامه، مفهوم‌شناسی نظام‌های حرفه‌ای و نیز جلوه‌های مقررات نظام‌های حرفه‌ای در ایران از نظر گذرانده می‌شود.

۱,۱. مفهوم‌شناسی نظام‌های حرفه‌ای

پیشرفت‌های گوناگون در زندگی انسان کنش‌گری او را در زمینه‌های فردی و اجتماعی تازه‌ای به‌همراه آورده و خود به پیدایش پیچیدگی‌های گوناگون در زندگی انسان انجامیده است. تخصصی شدن جوامع که یکی از بنیادهای مهم مدرنیسم به‌شمار می‌رود هم به این روند دامن زده و حرفه‌های گوناگونی را در جامعه پدید آورده است که به ارائهٔ خدمات و نیز تولید فراورده‌های متعددی برای جامعه می‌پردازند.

برای سامان‌دهی به هریک از زمینه‌های کنش‌گری پیش‌گفته نظام‌های حرفه‌ای ویژه‌ای پدید آمده است که با پیش‌بینی مقررات و نیز ضمانت اجراهایی روشن در چارچوب آن زمینه کوشیده‌اند تا همهٔ کنش‌گران را به پاسداشت بایسته‌های حیات آن حرفه رهنمون سازند.

بنابراین نظام‌های حرفه‌ای را باید مجموعه مقرراتی دانست که در هریک از حرفه‌ها و یا صنف‌ها وجود داشته، به پیدایش نظم و انسجام در آن حرفه یا صنف بینجامد.

۲,۱. جلوه‌های مقررات نظام‌های حرفه‌ای در ایران

پس از مطالعهٔ مفهوم نظام‌های حرفه‌ای، اینک لازم است تا شماری از مهم‌ترین مقررات این نظام‌ها در حقوق ایران به‌گونه‌ای فشرده مورد اشاره قرار گیرند. اما پیش از آن باید اشاره شود که با توجه به تعدد صنف‌ها و حرفه‌ها در کشورمان، مجالی برای معرفی همهٔ آن‌ها وجود ندارد، بلکه در ادامه به معرفی فشردهٔ دو مقررهٔ مربوط به نظام‌های حرفه‌ای مرتبط با نظام حقوقی ایران پرداخته می‌شود.

۱,۲,۱. قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری ۱۳۸۱ش

در برخی پرونده‌های حقوقی، صدور رأی پیرامون پرونده مستلزم اظهار نظر دربارهٔ جنبه‌های فنی و تخصصی آن رأی است. درواقع، پیچیدگی‌های روزافزون زندگی اجتماعی و ورود همیشگی به قلمروهای نوین زندگی سبب شده است که در بسیاری از موارد اختلافاتی

حقوقی در میان چند طرف پدید آمده و به‌طور طبیعی تصمیم‌گیری در این باره مستلزم اظهار نظر فنی و تخصصی پیرامون آن موضوع باشد.

در این موارد، دادرس حقوقی با صدور قرار کارشناسی، فردی خبره را در این حوزه که صلاحیت او پیش‌تر از سوی دستگاه قضایی برای عضویت در کانون کارشناسان رسمی دادگستری تأیید شده است، برای اظهار نظر در پروندهٔ مطروحه به همکاری فرامی‌خواند.

با توجه به اهمیت نهاد کارشناسی در دادرسی‌های حقوقی، کیفری و نیز اداری، پس از چند نمونه قانون‌گذاری سرانجام قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری در تاریخ ۲۸ فروردین ۱۳۸۱ لازم‌الاجرا شد. در این قانون افزون بر تعیین سازوکارهای انتظامی صنف کارشناسان، شماری از جرایم و تخلفات این افراد نیز بیان شده است.

۲,۲,۱. لایحهٔ قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری ۱۳۳۳ش

این سند قانونی به انتظام امور در صنف وکالت می‌پردازد. با اینکه پس از پیروزی انقلاب اسلامی کوشش‌هایی برای روزآمدسازی نظام حرفه‌ای وکالت شده، اما همچنان این لایحه بر صنف وکالت حاکم است و در آن افزون بر پیش‌بینی نهادهای اجرایی، شرایط ورود به صنف و...، از تخلفات وکلا نیز سخن گفته شده است.

۲. دادرسی منصفانه

از آنجا که در این نوشتار، سنجهٔ دادرسی منصفانه در مقررات نظام‌های حرفه‌ای در ایران بررسی می‌شود، لازم است در این گفتار به دانش- واژهٔ دادرسی منصفانه پرداخته شود و مفهوم‌شناسی و نیز مبانی آن مورد مطالعه قرار گیرد.

۱,۲. مفهوم‌شناسی

به‌طور کلی هریک از دانش- واژگان دارای دو مفهوم لغوی و نیز اصطلاحی است، از همین‌رو در ادامه به تبیین هریک از مفاهیم یادشده از دادرسی منصفانه پرداخته می‌شود.

۱,۱,۲. مفهوم لغوی

دادرسی منصفانه که به گستردگی در ادبیات حقوقی چهره یافته، یک ترکیب وصفی پدیدآمده از واژگان رسیدگی و منصفانه است.

۲,۱,۲. مفهوم اصطلاحی

دادرسی منصفانه به زبان ساده به مفهوم تضمین‌های کلی برای حقوق طرفین دعواست. از یک سو، خواهان یا شاکی باید بتواند حق بر دادخواهی خود را به‌گونه‌ای مناسب پیاده کند و از سوی دیگر نیز خوانده در دعوای حقوقی و یا متهم در دعوای کیفری، سزاوار پیاده‌سازی حقوق دفاعی خود است. بنابراین دادرسی منصفانه در چشم‌انداز کلی خود به تحقق کامل این حقوق بنیادین می‌نگرد. سازه‌های گوناگون منشور بین‌المللی حقوق بشر همانند اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر و نیز میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در مادهٔ ۱۴ خود، دولت‌ها را به فراهم کردن بسترهای پیاده‌سازی دادرسی منصفانه فراخوانده‌اند.

به‌طور کلی باید دانست که استانداردهای دادرسی منصفانه به دو دسته تقسیم شده است:

- استانداردهای عام و فراگیر. حق استماع منصفانه، استقلال و بی‌طرفی دادگاه‌ها یا دیوان ها، استماع علنی و جبران کارآمد. این استانداردها در همهٔ مراحل موضوعیت داشته، قابل اعمال‌اند.
- استانداردهای خاص. این استانداردها ناظر بر مراحل سه‌گانهٔ دادرسی اداری است (همتی، ۱۳۹۶، ۲۴۷). هریک از مراجع شبه قضایی که بر پایهٔ قوانین نظام‌های حرفه ای به تخلفات اعضا رسیدگی می‌کنند باید این معیارها را به‌کار بندند.

۲,۲. مبانی

دادرسی منصفانه دارای مبانی مهمی است که توجه به آن‌ها می‌تواند دست‌اندرکاران تقنینی، اجرایی و قضایی را در کوشش برای نهادینگی این مفهوم در نظام‌های حقوقی مصمم‌ترکند؛ ازهمین‌رو در ادامه به شماری از این مبانی پرداخته می‌شود.

۱,۲,۲. کرامت انسانی

در اسناد بین‌المللی حقوق بشر ازجمله مقدمهٔ اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر، کرامت و حیثیت ذاتی انسان‌ها و مبنای برخورداری آن‌ها از حقوقْ یکسان و انتقال‌ناپذیر بیان شده است. اعلامیهٔ یادشده به‌عنوان نقطهٔ عطف تدوین حقوق جهانی بشر، شناسایی کرامت ذاتی کلیهٔ اعضای خانوادهٔ بشری را اساس آزادی، عدالت و صلح در جهان می‌داند. برخورداری انسان از کرامت در اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر مبنای بهره‌مندی افراد از حق دادرسی عادلانه و منصفانه به‌عنوان حق بشری به‌شمار رفته است. به‌موجب حق برخورداری از کرامت است که درصورتی که انسان‌ها در مظان اتهام ارتکاب جرم قرار گیرند، باید در برابر خودسری‌ها و اقدامات سلیقه‌ای مأموران حکومتی از حمایت کامل برخوردار باشند و مادام که اتهام آنان از رهگذر یک دادرسی منصفانه و با رعایت تضمینات دادرسی به اثبات نرسیده باشد، بی‌گناه فرض شده، به‌هیچ‌روی تعرض نسبت به آن‌ها روا داشته نمی‌شود (طه، ۱۳۹۲، ۸۷).

۲,۲,۲. حقوق طبیعی

حقوق بشر صورت تکامل‌یافتهٔ مفاهیم ابتدایی‌تر قانون طبیعی و حقوق طبیعی است. حقوق طبیعی بازتاب نظم طبیعی جهان هستی است و نیز مبتنی بر این دیدگاه است که انسان جزئی از نظام هماهنگ هستی است. نمایندهٔ اصلی تئوری حقوق طبیعی در دنیای مدرن، جان لاک بود که فلسفهٔ خود را در چارچوب انسان‌گرایی قرن چهاردهم توسعه داد (صابر، ۱۳۸۸، ص۱۸۷). حقوق طبیعی از آن نظر که از طبیعت انسان سرچشمه می‌گیرد و در قانون طبیعت یافت می‌شود مبنایی حقوقی برای برخورداری انسان‌ها از حقوق بشر ازجمله دادرسی عادلانه تلقی شده است. بر اساس این دیدگاه، انسان نیز جزئی از طبیعت و حامل قوانین طبیعی در خود است (سوادکوهی، همان، ۵۹).

۳. قواعد دادرسی ماهوی در نظام‌های حرفه‌ای و صنفی

قواعد ماهوی دادرسی منصفانه نمودهای گوناگونی دارد که در ادامه به معرفی شماری از آن‌ها و تبیین رویکرد مقررات نظام‌های حرفه‌ای ایران در این باره پرداخته می‌شود.

۱,۳. اصل برائت یا فرض بی‌گناهی

فرض بی‌گناهی یا اصل برائت اصل اساسی در محاکمهٔ عادلانه است و تا آنجا اهمیت دارد که به‌عنوان یک فرااصل یا اصل بنیادینِ همهٔ نظام‌های حقوقی شناخته می‌شود. این اصل در اسناد مهم بین‌المللی حقوق بشر بیان شده است. قوانین آئین دادرسی کیفری و مدنی در کشورمان نیز آشکارا به این اصل مهم اشاره دارد.

دادستان باید دور از هرگونه تردید معقول ثابت کند که متهم مجرم است و اگر تردیدی وجود داشته باشد متهم باید بی‌گناه تلقی شود. بند ۲ مادهٔ ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی حق بی‌گناه شمرده شدن را برای افراد پیش‌بینی می‌کند.

در قانون اساسی ایران در اصل ۳۷ دربارهٔ اصل برائت این‌گونه آمده است: «اصل، برائت است و هیچکس از نظر قانون، مجرم شناخته نمی‌شود مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد». این یک اصل کلی و عام است که بنا را بر مجرم نبودن قرار داده است؛ مگر جرم فرد در دادگاه صالح اثبات شود.

اصل برائت مقتضی آن است که شخصی که به‌عنوان متهم در یک دعوای عمومی تحت تعقیب قرارگرفته است تا زمان صدور حکم قطعی محکومیت بی‌گناه شناخته شود. (ابراهیمی، همان، ۱۲۹). در اینجا پرسشی که پیش می‌آید آن است که چه زمانی فرض بی‌گناهی قابل استناد است؟ آیا به محض مظنون شدن شخص امکان برخورداری او از آن وجود خواهد داشت یاآنکه تنها شامل حال متهم می‌شود؟ و آیا این حق مربوط به مرحلهٔ بدوی است یا به مرحلهٔ تجدیدنظر هم راه می‌یابد؟ مادهٔ ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی می‌گوید تا زمانی که محکومیت فرد نهایی و الزامی نشده است، مشمول اصل برائت می‌شود؛ بنابراین برخورداری از این حق تا مرحلهٔ تجدیدنظر ادامه دارد.

با توجه به آنچه که دربارهٔ اصل برائت توضیح داده شد مشخص می‌شود که رعایت این اصل از مرحلهٔ مقدماتی تحقیق و تا پایان مرحلهٔ تجدیدنظرخواهی بسیار مهم است .

با وجود تصریح قانون اساسی و نیز قوانین موضوعهٔ ایران به این اصل، در پاره‌ای از قوانین نظام‌های حرفه‌ای ازجمله قوانین نظام مهندسی، اتحادیه‌های صنفی، کانون وکلا و

کانون سردفتران و دفتریاران، در خصوص اصل برائت که از اصول بدیهی حقوقی به‌شمار می‌رود، تصریحی مشاهده نمی‌شود که جای تأمل دارد.

بنابراین، عدم تصریح به اصل برائت در قوانین نظام‌های حرفه‌ای موجب شده است که این قوانین نسبت به اعضای متخلف خود گاهی برخوردی خارج از موازین انصاف داشته باشند. برای مثال، مادهٔ ۷۲ قانون نظام صنفی با این بیان که «... در صورت احراز عدم تخلف صنفی یا انصراف شاکی با اعلام مراتب، پرونده را مختومه نمایند»، در این ماده باید عدم تخلف احراز شود، و نه اینکه وقوع تخلف محرز گردد. شایسته بود که به‌جای «احراز عدم تخلف»، «عدم احراز تخلف» نگاشته می‌شد.

اصل برائت در پاره‌ای از قوانین رسیدگی به تخلفات اعضای نظام‌های حرفه‌ای، جز در آئین‌نامهٔ نظام پزشکی، در سایر قوانین به‌صراحت بیان نشده و حتی به‌طور مبهم نیز در قوانین نیامده است. مادهٔ ۳۳ قانون نظام پزشکی و زیرشاخه‌های آن (پرستاری، مامایی، دندانپزشکی و ...) بیان می‌کند: «درصورتی که دادسرا به علت عدم وقوع تخلف یا فقد دلیل نظر به منع تعقیب داشته باشد و در صورت موافقت دادستان منع تعقیب صادر و مراتب را با تذکر حق شکایت به شاکی یا مرجع اعلام تخلف اعلام می‌نماید».

این ماده چیزی دربارهٔ اصل برائت بیان نمی‌کند، اما آئین‌نامهٔ همین قانون در باب دوم فصل سوم دربارهٔ نحوهٔ رسیدگی هیئت بدوی انتظامی مادهٔ ۵۳ بند «ه» این‌چنین بیان کرده است: «چنانچه هیأت معتقد باشد دلایل ابرازی برای احراز تخلف کفایت نداشته یا تخلف انتسابی به فرض صحت، تخلف نیست بدون لزوم تعیین وقت، حکم به برائت می‌دهد». این ماده به‌صراحت بیان می‌کند که اگر تخلف منتسب به متخلف نباشد یا عملش تخلف نباشد، حکم به برائت صادر می‌شود.

در قانون نظام دامپزشکی نیز صحبتی از اصل برائت نشده، اما در تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۱۱ مطرح شده است که «چنان‌چه هیئت بدوی انتظامی پرونده را غیر قابل رسیدگی تشخیص و مبادرت به صدور رأی بر عدم تخلف و یا برائت متهم نماید، مراتب حسب مورد به شاکی ابلاغ و وی می‌تواند ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ، درخواست تجدیدنظر خود را به هیئت عالی انتظامی ارایه نماید».

در آئین‌نامهٔ قانون صنعت و معدن مادهٔ ۷۹ و همچنین در مادهٔ ۸۷ آئین‌نامهٔ نظام مهندسی و کنترل ساختمان آمده است: «شورای انتظامی استان ملزم است به شکایات واصل شده رسیدگی و در صورتی که شکایت را وارد نداند ... نظر به رد شکایت ...داده می‌شود». در این دو ماده آمده که اگر شکایت را وارد ندانند شکایت می‌کنند و سخنی از اصل برائت به‌میان نیامده است. اما می‌توان از کلمه ردّ شکایت اصل برائت را استنتاج نمود. ولی درکل نه در قانون و نه در آئین‌نامهٔ صنعت و معدن و نظام مهندسی به‌صراحت اصل برائت بیان نشده است.

با توجه به توضیحاتی که بیان گردید، جز در آئین‌نامهٔ نظام پزشکی و نظام دامپزشکی که به اصل برائت اشاره شده، در قوانین سایر نظام‌های حرفه‌ای، اصل برائت به‌روشنی نیامده است؛ هرچند در بعضی قوانین می‌توان این اصل را از مواد آن استنباط نمود.

۲,۳. اصل قانونی بودن جرم و مجازات (اصل قانونی بودن تخلف و تنبیهات)

این اصل میراث فکری چزاره بکاریا، از پیشوایان مکتب کلاسیک، و بنیادی‌ترین اصل در حقوق کیفری مدرن است. در این راستا، جرم، مجازات و مرجع قضایی رسیدگی‌کننده به این موارد باید بر پایهٔ قانون تعیین شوند. این اصل که خود جلوهٔ مهم و اثرگذاری از اصل حاکمیت قانون است، در حقوق اداری نیز به ضرورت تعیین تخلفات، ضمانت اجراها و نیز مراجع شبه قضایی و یا اختصاصی اداری در هریک از نظام‌های حرفه‌ای بر پایهٔ قانون اشاره دارد.

در رسیدگی به تخلفات اعضای نظام‌های حرفه‌ای، از جرم با عنوان تخلف و از مجرم با عنوان متخلف و از مجازات‌ها با عنوان تنبیهات تعبیر می‌شود. تعریف جرم با تخلف مقداری متفاوت است. تخلف عبارت است از: تخطی و نقض افراد یک صنف، حرفه و یا شغل از مقررات و نظاماتی که جهت حفظ شئون و سلامت افراد آن صنف یا حرفه درنظر گرفته می‌شود؛ همانند صنف وکلا و صنف سردفتران (الهی‌منش، ۱۳۹۳، ۱۳۳). در تعریف دیگری از تخلف اینطور بیان شده است: تخلف انتظامی تعریف خاصی در قوانین ندارد، ولی نقض مقررات صنفی به‌وسیلهٔ یکی از اعضای صنف مانند تخلف قاضی، وکیل، کارشناس، سردفتر و دفتریار را جرم انضباطی و تقصیر انضباطی هم گفته‌اند (باری، ۱۳۹۳، ۱۲۱).

بنابراین تخلف، مربوط به اعضای یک صنف و گروه و وظایف مربوط به آن‌ها است. البته گاهی ممکن است مواردی یافت شود که هم جزء تخلف باشد و هم جرم، اما علاوه بر شباهت، تفاوت‌هایی نیز با هم دارند.

آنچه که باعث فاصله گرفتن از اصل قانونی بودن جرم و مجازات می‌شود شناسایی تخلف از جانب مقررات دولتی است. در این اصل عنصر مادی و معنوی ضروری است، ولی در تخلفات و مقررات انضباطی عنصر معنوی ضرورتی ندارد. صرف انجام ارادی عمل و ارتکاب آن برای تحقق تخلف کافی است. گران‌فروشی صرف نظر از ماهیت و انگیزهٔ شخص مرتکب، تخلف صنفی محسوب می‌شود. بااین‌حال، احراز سوءنیت و قصد مرتکب کار مشکلی است و باید مبتنی بر دلایل روشن و آشکاری باشد (هداوند، ۱۳۹۰، ۲۹).

اکنون لازم است، اصل تخلف و تنبیهات در قوانین نظام‌های حرفه‌ای مورد بررسی قرار گیرد. در نظام پزشکی، نظام مهندسی، سازمان نظام مهندسی کشاورزی و منابع طبیعی، سازمان روان‌شناسی و مشاوران، کانون وکلا، کانون سردفتران و دفتریاران، و نیز اتحادیهٔ صنفی تعریفی از تخلف ارائه نشده، اما آئین‌نامهٔ قانون نظام مهندسی معدن در مادهٔ ۸۳ تخلف را تعریف کرده و این درحالی است که در قانون نظام مهندسی معدن تعریفی از تخلف نشده است.

در مادهٔ ۸۳ آئین‌نامهٔ نظام مهندسی معدن آمده است: «تخلفات انضباطی و حرفه‌ای عبارت از تخلف در اموری است که انجام آن ناشی از پروانهٔ اشتغال موضوع قانون یا عضویت در سازمان استان باشد. تخلف انضباطی و حرفه‌ای و انطباق آنها با مجازات‌های انتظامی به شرح زیر است: ... ».

در مادهٔ ۳ بند «و» قانون نظام پزشکی آمده است: تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلان حرفهٔ پزشکی که عنوان جرایم عمومی نداشته باشند، در نظام پزشکی رسیدگی می‌شوند. همچنین در مادهٔ ۲۸ قانون نظام پزشکی مراجع رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلان پزشکی و در تبصرهٔ همین ماده عناوین تخلفات مشخص شده است. در بندهای این تبصره تنبیهات متخلفان از این ماده مشخص شده، اما تخلفات را به‌طور واضح طبقه‌بندی نکرده است و فقط در تبصره بیان شده است: عدم رعایت موازین شرعی و قانونی

و مقررات صنفی و حرفه‌ای و شغلی و سهل‌انگاری در انجام وظایف قانونی به‌وسیلهٔ شاغلان حرفه‌های پزشکی و وابسته به پزشکی تخلف محسوب، و متخلفان با توجه به شدت و ضعف عمل ارتکابی و تعدد و تکرار آن حسب مورد به مجازات‌های زیر محکوم می‌شوند و همچنین در بندهای تبصره فقط تنبیهات را طبقه‌بندی کرده و مشخص نشده هر تنبیهی مربوط به چه تخلفی است.

در تاریخ ۱۶ آبان ۱۳۸۶ آئین‌نامهٔ انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای پزشکان به‌تصویب رسید. مواد ۲ تا ۳۵ این آئین‌نامه تخلفات را مشخص کرده و فصل دوم همین آئین‌نامه مجازات‌های انتظامی (تنبیهات) را که در قانون نظام پزشکی در مادهٔ ۲۸ وجود داشته، در مادهٔ ۳۷ این آئین‌نامه آورده که بندهای مادهٔ ۲۸ قانون مربوط به کدام تخلف است.

جرایم پزشکی را می‌توان با تخلفات انضباطی یکی دانست؛ یعنی آنچه در جرایم پزشکی آمده است در تخلفات انتظامی هم وجود دارد، اما این دو باهم تفاوت‌هایی دارند که عبارت‌اند از:

- اساس تخلفات انتظامی پزشکان قراردادی است؛ یعنی کسی که به این حرفه اشتغال می‌یابد از قبل توافق می‌کند که مقررات آن را رعایت نماید و اگر رعایت نکند و مورد احترام قرار ندهد در معرض مجازات قرار می‌گیرد.
- اصل قانونی بودن جرم نسبت به مقررات انتظامی نظام پزشکی اعمال نمی‌شود، اما در جرایم پزشکی اعمال می‌شود؛ یعنی هر عملی که برخلاف شئون جامعهٔ پزشکی محسوب شود، قابل مجازات است و این اعمال از قبل پیش‌بینی‌پذیر نیستند.
- دلایلی را که برای مسئولیت جزایی یک پزشک در دادگاه ارائه می‌شود و ممکن است مورد قبول دادگاه قرار نگیرد، می‌توان در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات انتظامی استفاده کرد.
- ضمانت اجرای جرایم پزشکی در قانون مجازات پیش‌بینی شده، اما ضمانت اجرای تخلفات انتظامی پزشکان در قوانین سازمان نظام پزشکی و آئین‌نامهٔ مربوط به آن پیش‌بینی شده است.
- رسیدگی به تخلفات انتظامی پزشکی در دادسرا و هیئت‌های خاصی است که در نظام

پزشکی هر شهرستان تشکیل می‌شوند، ولی جرایم پزشکی از سوی دادسراها و محاکم جزایی و با استناد به قوانین و تبعیت از قانون آئین دادرسی کیفری تعیین می‌گردند (آموزگار، ۱۳۸۸، ۱۸۵).

تعیین قواعد مربوط به جرم و مسئولیت جزایی، جز از طریق استناد به قوانینی که از سوی قوهٔ مقننه وضع می‌شود، ممکن نیست؛ درحالی که خطا و مسئولیت انتظامی با اجازهٔ قانون‌گذار به‌موجب مصوبات قوهٔ مجریه (نظیر تصویب‌نامه، آئین‌نامه، نظام‌نامه و بخشنامه) تعیین می‌شود که در اکثر موارد محتاج به تشریفات خاصی نیست. همچنین این مقررات همیشه در معرض تغییر و تحول بوده، مقام بالاتر می‌تواند با اتخاذ تصمیم جدیدی آن‌ها را نسخ نماید. درصورتی که نسخ قوانین جزایی به سهولت امکان‌پذیر نیست و فقط ار طریق تصمیم قانون‌گذار میسر خواهد بود (الهی‌منش، همان، ۱۳۵).

در قانون نظام مهندسی تعریفی از تخلف ارائه نشده است. همچنین در این قانون به تخلفات و تنبیهات نیز اشارهٔ صریحی نشده و در مادهٔ ۱۷این قانون آمده است که چگونگی رسیدگی به تخلفات و طرز تعقیب و تعیین مجازات‌های انضباطی و موارد قابل تجدیدنظر در شورای انتظامی نظام مهندسی در آئین‌نامهٔ اجرایی تعیین می‌شود.

در مادهٔ ۹۰ آئین‌نامهٔ اجرایی قانون نظام مهندسی نیز مجازات‌ها تا درجهٔ ۶ طبقه‌بندی شده و در مادهٔ ۹۱، مجازات‌ها با درجهٔ آن‌ها در ۱۹ بند آمده است.

همچنین در قانون نظام مهندسی مادهٔ ۲۸ بیان می‌شود: ظرف ۶ ماه از زمان ابلاغ این قانون ضوابط، مقررات و تشکیلات حرفه‌ای مناسب برای کاردان‌های فنی شاغل در رشته‌ها و حرفه‌های موضوع این قانون را در قالب آئین‌نامه‌ای تدوین و برای تصویب به هیئت وزیران پیشنهاد نماید.

طبق مادهٔ ۳۲ آئین‌نامهٔ اجرایی نظام مهندسی نیز مرجع و نحوهٔ رسیدگی به تخلفات حرفه‌ای و انضباطی دارندگان پروانهٔ اشتغال به کار کاردانی و تجربی مانند دارندگان پروانهٔ اشتغال به کار مهندسی است، لکن پس از تأسیس تشکیلات حرفه‌های مربوط، شورای انتظامی استان و مرجع تجدیدنظر با همکاری و هماهنگی تشکیلات یادشده اقدام خواهند کرد.

نکتهٔ حائز اهمیت آن است که به‌منظور مقابله با گسترده بودن تفسیر مواد قانون از سوی شورای انتظامی و جلوگیری از تعبیرهای گوناگون از عناوین متخلفانه و بنابر اصل مسلم حقوقی قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، تخلفات به‌صراحت باید از سوی قانون‌گذار روشن شود (هداوند، ۱۳۹۰، ۶۸)؛ امری که در قوانین مورد بررسی ما مشاهده نمی‌شود.

در مادهٔ ۹۱ آئین‌نامهٔ پیشین بند «ع» بیان شده است: انجام هر عملی که به‌موجب آئین‌نامه‌های داخلی نظام مهندسی استان مربوط مخالف شئون حرفه‌ها بوده، موجب خدشه‌دار شدن حیثیت نظام مهندسی استان شود، از درجهٔ ۱ تا ۴ مجازات می‌شودکه این در راستای تحقق بخشیدن به اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها است. هرچند بند یادشده به اصل قانونی بودن اشاره دارد، اما همان‌طور که گفته شد تخلفات و تنبیهات باید به‌صراحت از سوی قانون‌گذار روشن شود.

افزون بر این، در قانون وکالت برخی از جرایمی که ممکن است شامل وکلا بشود آمده است. اما بعضی از این مواد نسخ شده و در آئین‌نامهٔ لایحهٔ قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مورد بازنگری قرار گرفته است. آئین‌نامهٔ استقلال کانون وکلا برای جرایمی که در قانون وکالت مشخص شده، مجازات‌هایی را تعیین نموده است. اصل قانونی بودن جرم در جرایمی که از طرف قانون‌گذار در قانون وکالت مشخص شده است وجود دارد، ولی در آئین‌نامهٔ آن، اصل قانونی بودن مراعات نشده است. تغییر قانون به‌راحتی ممکن نیست، ولی آئین‌نامه را می‌توان به‌آسانی تغییر داد. مواد ۲۸ تا ۴۵ قانون وکالت مربوط به وظایف وکلا است و مواد ۷۸ تا ۸۳ آئین‌نامه نیز تخلفات را همراه با درجهٔ آن‌ها مشخص کرده است. در مادهٔ ۷۶ آئین‌نامه فقط مجازات‌ها نام برده شده است.

مادهٔ ۱۹ قانون نظام دامپزشکی نیز از بند «الف» تا «ح» مجازات‌هایی را که افراد متخلف عضو این سازمان مرتکب می‌شوند مشخص نموده، اما نوع تخلف را تعیین نکرده است. در آئین‌نامهٔ قانون نظام دامپزشکی و در مادهٔ ۳ مجازات‌هایی را که شامل افراد عضو این نظام می‌شوند بیان داشته و مادهٔ ۵ این آئین‌نامه انواع تخلف صنفی و حرفه‌ای دامپزشکی را مشخص کرده است. مادهٔ ۲۰ آئین‌نامه مجازات‌هایی را که به اعضای متخلف این سازمان تعلق می‌گیرد بیان کرده و در مادهٔ ۲۱ آئین‌نامه مشخص شده است که برای هر

تخلف چه مجازاتی را باید اعمال کرد. از این منظر قانون نظام دامپزشکی حائز صراحت بیشتری از قانون وکالت است.

قانون‌گذار در مادهٔ ۳۸ قانون سردفتران و دفتریاران مجازات‌های انتظامی را مشخص کرده است که نشان‌دهندهٔ مراعات اصل قانونی بودن مجازات‌ها است. در این قانون از مادهٔ ۴۲ تا ۴۴ جرایم مشخص شده است و از مادهٔ ۴۴ به بعد طریق اجرای مجازات‌ها بیان می‌شود. شایان ذکر است در اصلاح این قانون که در سال ۱۳۹۱ش انجام شد در مادهٔ ۳۸ قانون که انواع مجازات‌ها بود تغییراتی ایجاد شد و تعداد مجازات‌ها افزایش یافت.

در خصوص رعایت این اصل در مادهٔ ۲۵ قانون تأسیس سازمان نظام مهندسی کشاورزی و منابع طبیعی و مادهٔ ۱۹ قانون سازمان نظام روان‌شناسی و مشاوره نیز ضوابطی بیان شده است.

شایان ذکر است تخلفاتی که در قانون نظام صنفی کشور آمده، از سوی مجلس قانون‌گذاری شده است؛ یعنی تخلفاتی در قانون مشخص شده است- نه مانند سایر نهادها در آئین‌نامه- و این از لحاظ رعایت اصل بنیادین حکومت قانون قابل توجه است. مواد ۵۷ تا ۷۰ این قانون تخلفات و مجازات‌های لازم را مشخص کرده که اصلاحیهٔ همین قانون به‌عنوان اصلاح قانون نظام صنفی کشور در سال ۱۳۹۳ش از سوی مجلس تصویب شده است.

با توجه به مطالب پیش‌گفته روشن می‌شود که اصل قانونی بودن جرم و مجازات (تخلفات و تنبیهات) در قوانین همهٔ نظام‌ها وجود ندارد، زیرا در بعضی نظام‌ها، تخلفات و تنبیهات در آئین‌نامه تصویب شده است؛ درحالی که باید در قانون مراعات شود.

البته با توضیحاتی که دربارهٔ هریک از نظام‌های حرفه‌ای و قوانین و آئین‌نامه‌های آن‌ها داده شد، مشخص می‌شود که اصل قانونی بودن مجازات نیز به‌مانند اصل قانونی بودن جرم باید در قانون مشخص شود. عدم تعیین مجازات در قانون باعث می‌شود که مراجع رسیدگی‌کننده سلیقه‌های شخصی خود را در تعیین مجازات و اجرای آن وارد کنند. آئین‌نامه‌ها تکمیل‌کنندهٔ قوانین هر نظام محسوب می‌شوند و جرم و مجازات باید در خود قانون و از سوی مقنن، قانون‌گذاری شود.

۳,۳. اصل منع محاکمه یا مجازات مضاعف

یکی از اصول مهم در قلمرو دادرسی منصفانه را باید اصل منع محاکمه و یا مجازات مضاعف دانست که اگرچه در نظام حقوقی کشورمان استثناهایی نیز بر آن مقرر شده است، اما به‌عنوان یکی از اصول مهم ماهوی دادرسی منصفانه شناخته می‌شود. به‌موجب این قاعده هیچ‌کس را نمی‌توان برای ارتکاب یک جرم که به صدور حکم قطعی اعم از محکومیت یا برائت منجر شده است دوباره تحت تعقیب و محاکمه قرار داد (آبانگاه و همکاران، ۱۳۹۸، ۸۰۲). عدالت حکم می‌کند که مجرم یا متخلف برای یک جرم ۲ بار مجازات نشود که این یک اصل خدشه‌ناپذیر است. اصل منع مجازات دوباره در بند ۷ مادهٔ ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی نیز آمده است.

قوانین و آئین دادرسیِ ممنوعیت منع محاکمهٔ مضاعف پس از قطعی شدن حکم محکومیت و یا تبرئه شدن بر اساس قوانین دولت یادشده اعمال می‌شود. یعنی باید زمان تجدیدنظرخواهی و زمان مراجعه به مراجع قضایی و درکل تمام رسیدگی‌های قضایی منقضی شده باشد. ولی باید گفته شود که ممنوعیت منع محاکمهٔ مضاعف باعث انجام محاکمهٔ جدید در یک حوزهٔ قضایی دیگر نمی‌شود. وقتی که فرد در یک دادگاه عمومی تخصصی محاکمه شد می‌توان وی را در یک دادگاه اختصاصی مربوط به یک نهاد و سازمان دیگر نیز مورد محاکمه قرار داد.

اصل ممنوعیت مجازاتِ مضاعف مانع مفتوح شدن دوبارهٔ پرونده یا رسیدگی جدید- درصورتی که اشتباه قضایی صورت گرفته باشد- نمی‌شود. البته باید بین باز شدن پرونده برای همان عمل مورد محاکمه و رسیدگی جدید قضایی که در شرایط استثنایی صورت می‌گیرد، تمایز قائل شد.

گاهی بعضی از جرایم از سوی اعضای نظام‌های حرفه‌ای ممکن است هم جرم محسوب شود و هم تخلف. حال پرسش این است آیا می‌توان شخص را هم از لحاظ جرم کیفری مورد مجازات قرارداد و هم از لحاظ تخلف او را تنبیه کرد؟

به دلیل اینکه مجازات‌های جنایی با مجازات‌های تأدیبی متفاوت‌اند و مجازات‌های تأدیبی عموماً در قوانین جنایی وجود ندارند، ازاین‌رو مغایرت دو مجازات و دو فعل ایجاب می‌کند که متخلف نسبت به یک فعل درصورتی که عملش جرم تأدیبی شمرده شود، دوباره محاکمه گردد و اجرای یکی از این دو مجازات مانع اجرای مجازات دیگر نمی‌شود. همچنان تبرئهٔ متخلف در یکی از دو محاکمه مانع از ادامهٔ محاکمه دوم نمی‌گردد. دلیل قانون‌گذاران قوانین عرفی در این باره این است که مقصود از محاکمهٔ تأدیبی، حمایت از حرفه و شغل است و هدف از محاکمهٔ جنایی، حمایت از جامعه (ابراهیمی، همان، ۱۵۹). در همین زمینه مادهٔ ۱۶ قانون نظام مهندسی معدن در خصوص چگونگی رسیدگی به تخلفات و طرز تعقیب و تعیین مجازات‌های انضباطی و موارد قابل تجدیدنظر در شورای انتظامی، در آئین‌نامهٔ اجرایی این قانون ضوابطی دارد. مادهٔ ۷۷ آئین‌نامهٔ این قانون بیان می‌کند: «کلیهٔ اشخاص حقیقی و حقوقی که در مورد هریک از اعضای سازمان استان یا دارندهٔ پروانه اشتغال شکایتی در مورد تخلفات انضباطی انتظامی و یا حرفه‌ای وی داشته باشد می‌تواند شکایت خود را به‌طور کتبی و با درج مشخصات و شرح تخلف مورد ادعا به انضمام اسناد و مدارک مربوط به دبیرخانه سازمان استان ارسال یا تحویل نماید». این ماده بیان می‌کند که دبیرخانهٔ سازمان به تخلفاتی که انضباطی و انتظامی باشد رسیدگی می‌کند. در مورد جرایم کیفری که در صلاحیت مراجع قضایی است فرد متخلف باید در مراجع کیفری مجازات شود.

اگر یکی از اعضای نظام مهندسی عملی را انجام دهد که جرم کیفری و تخلفات انضباطی و انتظامی را توأمان دربر گیرد، برای آن یک جرم، هم باید در سازمان نظام مهندسی پاسخگو باشد و هم ممکن است در مراجع کیفری مجازات شود. مادهٔ ۸۰ همین آئین‌نامه بیان می‌کند: «طرح و رسیدگی به شکایت در مراجع قضایی مانع از رسیدگی در شورای انتظامی استان و اعمال مجازات‌های انضباطی و حرفه‌ای مندرج در این آئین‌نامه نخواهد بود». با توضیحی که داده شد باید گفت طرح شکایت در هریک از شورای انتظامی و مراجع قضایی مانع رسیدگی به محاکمه و مجازات در مرجع دیگر نمی‌شود.

در مادهٔ ۱۴ آئین‌نامهٔ نظام دامپزشکی نیز آمده است که درصورتی که تخلف عنوان یکی از جرایم مندرج در قوانین جزایی را داشته باشد برابر مادهٔ ۲۶ قانون سازمان نظام دامپزشکی اقدام خواهد شد. در مادهٔ ۲۶ قانون دامپزشکی آمده است: «هرگاه تخلف افراد موضوع این

قانون عنوان یکی از جرایم مندرج در قوانین جزائی را نیز داشته باشد، هیأتهای انتظامی مکلفند تصویر تأییدشدهٔ پرونده مربوط را به مراجع قضایی ذیصلاح ارسال کنند. رسیدگی در مراجع قضایی مانع رسیدگی هیأتهای انتظامی از حیث تخلف صنفی و حرفه‌ای مشمولان این قانون نیست». در این ماده بیان شده است که اگر فرد مرتکب تخلفی شود و مجازات کیفری داشته باشد باید در دادگاه جزایی به آن رسیدگی شود و اگر عمل انجام‌شده در صلاحیت رسیدگی مرجع انتظامی نظام دامپزشکی باشد در هر دو مرجع رسیدگی می‌شود و رسیدگی در یک مرجع مانع رسیدگی در مرجع دیگر نیست.

در قانون سردفتران و دفتریاران نیز در قسمت پایانی مادهٔ ۲۲ آمده است: «دعاوی مربوط به خسارت ناشی از تخلفات سردفتران و دفتریاران تابع قوانین و مقررات عمومی خواهد بود». یعنی اگر سردفتر و یا دفتریار تخلفی انجام دهد که از این تخلف خسارتی به شخص ذی‌نفع وارد شود بر اساس مقررات عمومی باید به تخلفات رسیدگی شود و سردفتر یا دفتریار باید جبران خسارت کند و در مادهٔ ۳۲ همین قانون بیان می‌کند که «رسیدگی مقدماتی مربوط به شکایات و گزارش‌های مربوط به تخلفات سردفتران و دفتریاران در ادارهٔ امور اسناد سازمان ثبت رسیدگی می‌شود که ادارهٔ مزبور پس از رسیدگی، موضوع را با اظهارنظر خود به دادسرای انتظامی سردفتران احاله می‌نماید».

مشخص می‌شود که شکایت از سردفتران و دفتریاران اگر مربوط به جبران خسارت باشد باید طبق مقررات عمومی صورت گیرد و اگر مربوط به تخلفات انضباطی سردفتر یا دفتریار باشد باید در ادارهٔ امور اسناد سازمان ثبت که خود به دادگاه بدوی و تجدیدنظر تبدیل می‌شود، رسیدگی شود. به عبارت دیگر، محاکمه سردفتران در مراجع عمومی قضایی مانع محاکمهٔ او در مراجع انتظامی نمی‌شود.

همچنین مادهٔ ۷۲ قانون نظام صنفی نشان می‌دهدکه تخلفات اعضای اتحادیه‌های صنفی تابع قانون صنفی است، بر اساس آن محاکمه و مجازات می‌شوند و در قانون چیزی در خصوص اینکه افراد ممکن است بر اساس قانون دیگری مجازات شوند نیامده است. ولی دربارهٔ رفتارهای اعضای اتحادیهٔ صنفی که هم‌زمان واجد عناوین جرم و نیز تخلف باشد بیان نشده است که آیا باید براساس هر دو قانون مجازات شوند یا نه؟

مادهٔ ۲۲ قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری اشعار می‌دارد: «هرگاه تخلف کارشناسان رسمی عنوان یکی از جرائم مندرج در قوانین را داشته باشد، دادسرای انتظامی کانون مربوط مکلف است مراتب را برای رسیدگی به جنبهٔ جزائی آن در اسرع وقت به مراجع قضایی صالح اعلام دارد و چنانچه علاوه بر جرائم مزبور تخلف انتظامی داشته باشد، مطابق این قانون و آئین‌نامه‌های آن به تخلف انتظامی رسیدگی و اقدام لازم معمول دارد. تصمیم مراجع قضایی مزبور مانع اجرای مجازات‌های انتظامی کارشناسان رسمی نخواهد بود». این ماده به‌طور صریح بیان می‌کند که طرح شکایت در مراجع قضایی مانع از مجازات انتظامی کارشناسان نمی‌شود. به‌عبارتی، این قاعده اصل منع مجازات مضاعف را رعایت نمی‌کند، چون در منع محاکمهٔ مضاعف، یک فرد فقط یکبار مجازات می‌شود، درحالی که این ماده بیان می‌کند هم قابل مجازات و محاکمه در مراجع قضایی برای جرم جزایی است و هم قابل مجازات و محاکمه در دادگاه انتظامی برای تخلف انتظامی است.

همچنین در تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۲۶ آمده است که اعمال ارتکابی کارشناس، چنانچه علاوه بر تخلف انتظامی، واجد وصف کیفری باشد، دادگاه انتظامی مکلف است پروندهٔ امر را عیناً به مرجع قضایی صلاحیت‌دار ارسال نماید.

قانون نظام مهندسی کشاورزی و منابع طبیعی نیز در مادهٔ ۳۱ بیان می‌کند که «هرگاه تخلف افراد موضوع این قانون عنوان یکی از جرائم مندرج در قوانین جزائی را نیز داشته باشد، هیأت‌های انتظامی مکلفند تصویر تأییدشدهٔ پروندهٔ مربوط را به مراجع قضائی ذی‌صلاح ارسال کنند. رسیدگی در مراجع قضایی مانع از رسیدگی هیأت‌های انتظامی از حیث تخلف صنفی و حرفه‌ای مشمولان این قانون نیست». در این ماده هم مشخص شده است رسیدگی در مراجع قضایی مانع رسیدگی در هیئت‌های انتظامی نخواهد بود.

در بند ۳ مادهٔ ۳ قانون سازمان نظام روان‌شناسی و مشاوره آمده که یکی از وظایف و اختیارات این سازمان، «نظارت بر کیفیت کار تخصصی و رسیدگی به تخلفات تخصصی روانشناسان و مشاوران که عنوان جرایم عمومی را نداشته باشند از طریق هیأت رسیدگی به تخلفات صنفی و مطابق تبصرهٔ مادهٔ (۱۹) و مادهٔ (۲۰) این قانون» است. اگر عملی که مشاور یا روان‌شناس انجام می‌دهد جرم باشد باید در مراجع قضایی رسیدگی شود؛ چون در

این بند گفته شده است اگر عنوان جرایم عمومی را نداشته باشد و جرم نباشد، تخلف محسوب می‌شود و باید در هیئت رسیدگی سازمان نظام روان‌شناسی و مشاوره رسیدگی شود.

در آئین‌نامهٔ قانون نظام پزشکی و در فصل سوم اقدامات دادسرا پس از خاتمهٔ تحقیقات در تبصرهٔ مادهٔ ۳۷ دربارهٔ منع محاکمه چیزی بیان نشده، اما استنباطی که از این تبصره می‌شود این است که اگر پرونده برای رسیدگی به جرم کیفری به مرجع صلاحیت‌دار ارجاع داده شود، درصورتی که نیاز به رسیدگی صنفی داشته باشد در دادگاه انتظامی نظام پزشکی مورد رسیدگی قرار می‌گیرد و رسیدگی در مراجع قضایی مانع از رسیدگی در مراجع انتظامی نخواهد بود. تبصرهٔ این ماده بیان می‌کند: «رسیدگی و اقدامات مراجع قضایی در هر حال مانع رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای متخلفان در دادسراها و هیأت‌های انتظامی نمی‌شود» که این امر با منع مجازات مضاعف منافات دارد.

با توضیحاتی که ارائه شد، معلوم می‌شودکه این اصل با توجه به قوانین نظام‌های حرفه‌ای رعایت نشده است. چون همهٔ قوانین خواستار محاکمهٔ دوباره هم در هیئت‌های انتظامی نظام‌های حرفه‌ای و هم دردادگاه‌ها بودند که این با اصل منع مجازات مضاعف منافات دارد؛ مگر آنکه این وضعیت را این‌گونه توجیه نماییم که یک مجازات ناشی از جرم و یک تنبیه ناشی از تخلف است و آن را مجازات مضاعف محسوب نکنیم. البته در قوانین نظام صنفی مجازات و محاکمهٔ متخلف را فقط در اتحادیه مورد توجه قرارداده‌اند و این می‌تواند نمونه‌ای از منع محاکمه یا مجازات مضاعف باشد.

۴. آسیب‌شناسی رعایت قواعد ماهوی اصول دادرسی منصفانه در مقررات نظام‌های حرفه‌ای

پس از مطالعهٔ قواعد ماهوی دادرسی منصفانه در مقررات نظام‌های حرفه‌ای، اینک لازم است تا به آسیب‌شناسی این قواعد پرداخته شود.

۱,۴. آسیب‌شناسی تقنینی

به‌طور کلی مطالعهٔ نظام‌های حرفه‌ای نشان می‌دهد که مؤلفه‌های گوناگون قانون‌گذاری در آن‌ها تا حدود زیادی رعایت شده است. درواقع، در دوران چیرگی اصل حاکمیت قانون نیز

جز این انتظار نمی‌رود که افزون بر قوانین موضوعه، مقررات مربوط به نظام‌های حرفه‌ای نیز از یک سو جایگاه مهمی را در روند انتظام‌بخشی به صنف خود داشته، از سوی دیگر بایسته‌ها یا بدیهیات قانون‌گذاری در آن‌ها رعایت شود.

با وجود این به‌نظر می‌رسد که به دلیل روند فزایندهٔ پیچیدگی‌های هر صنف یا حرفه، نمی‌توان انتظار داشت که فهرست پیش‌بینی‌شده از هریک از تخلفات صنفی و حرفه‌ای در مقررات مربوطه همچنان جامع ارزیابی شود.

بنابراین لازم است که با رعایت اصل ثبات در قاعده‌گذاری حقوقی، در فرصت‌های منظم در مقررات پیش‌گفته بازنگری کرد و به این منظور در هنگام تصویب هر قانون صنفی، سازوکار منسجم و آزموده‌ای را برای بازنگری در آن پیش‌بینی نمود. در این صورت می‌توان انتظار داشت که سنجهٔ دادرسی منصفانه در این مقررات تا اندازهٔ بسیاری تحقق یابد.

۲,۴. آسیب‌شناسی از چشم‌انداز دادرسی

با آنکه حقوقِ شکلی بسیار بیشتر از حقوق ماهوی آوردگاه پدیداری ارزش‌های گوناگون انسانی است، اما به‌نظر می‌رسد که در سازه‌های دادرسی مقررات صنفی، ضرورت رعایت قواعد ماهوی دادرسی منصفانه چندان مورد توجه قرار نگرفته است.

به‌عبارتی، با آنکه برای نمونه، قانون‌گذار کیفری ایران مواد قانون آئین دادرسی کیفری را به دو دستهٔ اصول راهبردی و نیز مواد فنی تقسیم کرده و ضرورت اجرای مقررات دستهٔ دوم را بر پایهٔ اصول راهبردی خاطرنشان نموده و حتی ضمانت اجراهای مهمی را نیز برای آن‌ها پیش‌بینی کرده، اما با مطالعهٔ مقررات نظام‌های حرفه‌ای و صنفی می‌توان دریافت که این مهم در آن‌ها رعایت نشده است.

به سخن دیگر، در این مقررات به دلیل ضرورت اولویت بخشیدن به انتظامات حرفه‌ای بر بایسته‌های آرمان‌هایی همانند دادرسی منصفانه، حقوق ماهوی به تفضیل بیان شده، حال آنکه لزوم ابتنای دادرسی در مراجع شبه قضایی مربوطه بر قواعد ماهوی دادرسی منصفانه مورد تأکید قرار نگرفته است.

بنابراین لازم است که برای پیشبرد و پررنگ ساختن رعایت قواعد ماهوی دادرسی منصفانه در هریک از نظام‌های حرفه‌ای، به‌ویژه در بازنگری‌های آتی، واضعان مقررات مربوطه بر بایسته‌های دادرسی منصفانه به‌گونه‌ای آشکار تأکید نموده، ضمانت اجراهای ویژه‌ای را در این راستا بیان کنند.

۵. مراجع شبه قضایی و اصول قواعد ماهوی دادرسی منصفانه در پرتو قضازدایی

همان‌گونه که در آغاز این نوشتار نیز گفته شد، مقررات نظام‌های حرفه‌ای افزون بر بیان چگونگی طرز کار هر صنف، تخلفات احتمالی اعضا و نیز ضمانت اجراهای آن را نیز بیان می‌کنند. رسیدگی به این موارد در مراجع شبه قضایی انجام می‌شود.

مناسب‌ترین راه برای آسیب‌شناسی پیاده‌سازی قواعد ماهوی دادرسی منصفانه در مقررات نظام‌های حرفه‌ای، ارزیابی عملکرد مراجع شبه قضایی در این باره است؛ چراکه پیاده‌سازی قوانین در عمل تفاوت‌های مهمی را با چهرهٔ نظری خود دارد.

پیش‌تر نیز گفته شد که نظام‌های حرفه‌ای و صنفی به ادارهٔ امور اصناف گوناگون می‌پردازند. پیدایش اختلافات و یا ارتکاب تخلفات در میان صنوف یکی از واقعیت‌های مهم است. برای رسیدگی به این امور، مراجع شبه قضایی گوناگونی پیش‌بینی شده‌اند که در چارچوب قوانین مربوطه به تخلفات رسیدگی و اقدام به صدور رأی می‌نمایند. در ایران نزدیک به هفتاد مرجع شبه قضایی وجود دارد که آرای آن‌ها قابل تجدیدنظرخواهی در دیوان عدالت اداری است. مراجع شبه قضایی مراجعی هستند که در چارچوب قوهٔ مجریه در نهادهای سازندهٔ آن برای رسیدگی به اختلافات و شکایات شهروندان از آن نهادها تشکیل می‌شوند.

پیش‌بینی صلاحیت برای این مراجع در چارچوب روند قضازدایی یا انحراف از دادرسی قرار می‌گیرد. با توجه به مبانی شناخته‌شدهٔ دادرسی منصفانه که پیش‌تر به آن‌ها پرداخته شد، رسیدگی‌های مراجع شبه قضایی نیز اگرچه در چارچوب روند قضازدایی و در نقطهٔ متقابل «گرد هم آوردن رسیدگی در مراجع قضایی» جای می‌گیرند، باید همانند رسیدگی در مراجع قضایی بر پایهٔ معیارهای دادرسی منصفانه انجام شوند.

به‌طور کلی با وجود عدم تصریح قوانین کشورمان به رعایت دادرسی عادلانه، به آرای گوناگونی در شعب دیوان عدالت اداری پرداخته شده که نشان‌دهندهٔ لزوم تمکین مراجع شبه قضایی از دیوان و توجه به بایسته‌های این سنجهٔ مهم در آرا است. برای نمونه، شعبهٔ ۱۴ بدوی دیوان عدالت اداری در دادنامهٔ شمارهٔ ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۴۰۰۴۶۰ به تاریخ ۱۸ اردیبهشت ۱۳۹۲ مقرر داشته است: «...شعبهٔ رسیدگی‌کننده می‌بایست جهت کشف حقیقت و درستی اظهارات شاکی از مرجع صالح استعلام می‌نمود و اتکاء صرف به اظهارت طرف شکایت در پرونده و صدور رأی بر مبنای آن با فلسفهٔ دادرسی عادلانه منافات دارد» (عبداللهیان و رفیعی، ۱۳۹۷، ۱۲۷).

با وجود این، مطالعهٔ روند عملکرد دست‌کم شماری از مراجع شبه قضایی در زمینهٔ پاسداشت اصول دادرسی منصفانه چندان امیدوارکننده نیست. برای نمونه، تطبیق زیرمجموعهٔ دادرسی منصفانه با مقررات و رویهٔ حاکم بر هیئت نظارت (به‌عنوان یکی از مهم ترین ارکان فنی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور) درمجموع وضعیت قابل دفاعی را به‌دست نمی‌دهد. اگر غایت دادرسی منصفانه را تحول در حکمرانی بدانیم، بر این اساس، مفهوم حداکثری آن مطلوب و مد نظر است. در این مفهوم روند اعمال حاکمیت از حالت تصمیم‌گیری به حالت تصمیم‌سازی تبدیل شده، شهروندان با مشارکت در مراحل تصمیم گیری، سرانجام بر آن تأثیر می‌گذارند. هیئت نظارت به‌عنوان زیرمجموعه‌ای از یک نهاد حاکمیتی، تأثیر شگرفی در به‌چالش کشیدن حقوق شهروندان دارد و دامنهٔ صلاحیتی آنْ موارد فوق‌العاده مهمی را دربر می‌گیرد. نظارت مؤثر بر آن و درنهایت حصول شاخصه‌هایی چون شفافیت عملکرد، رضایتمندی، اثربخشی و کارآمدی این هیئت مستلزم همراهی متناسب مقررات، ضوابط و از همه مهم‌تر رویهٔ حاکم بر هیئت یادشده با اصول دادرسی منصفانه است (احمدی، ۱۳۹۶، ۱۴). بنابراین کوشش در راه بهینه‌سازی عملکرد مراجع شبه قضایی در زمینهٔ درنظر داشتن بایسته‌های دادرسی منصفانه باید در روزآمدسازی‌های آتی آن ها استوارانه مد نظر قرار گیرد.

با توجه به بازتاب کم‌رنگ اصول قواعد ماهوی دادرسی منصفانه در مقررات نظام‌های حرفه‌ای، عملکرد مراجع شبه قضایی در این راستا بسیار اهمیت دارد؛ به‌ویژه اینکه افزون بر

دیوان عدالت اداری به‌عنوان یک مرجع عالی حقوق اداری، مراجع دیگری نیز در آرای صادرهٔ خود بر ضرورت پایبندی به دادرسی منصفانه تأکید کرده‌اند. از همین‌رو تا هنگام بازنگری در مقررات نظام‌های حرفه‌ای به‌منظور بازتاب بیشتر اصول دادرسی منصفانه، باید به عملکرد مراجع شبه قضایی در این راه امیدوار بود.

نتیجه

دادرسی منصفانه در این روزگار یکی از بنیادی‌ترین مطالبات افکار عمومی از نظام‌های حقوقی است تا در هریک از سازه‌های این نظام پدیدار شده، پیامدهای سازندهٔ خود را به‌ویژه از دیدگاه حقوق افراد و جامعه برجای گذارد.

ازآنجا که نظام‌های حرفه‌ای در کشورمان در دهه‌های گذشته بسیار گسترش یافته و این روند نیز همچنان ادامه دارد، مقررات حاکم بر این نظام‌ها اهمیت بسیاری پیدا کرده و لازم است تا پیمایش‌های مناسبی دربارهٔ رعایت انتظارات از آن‌ها به‌ویژه در زمینهٔ توجه به قواعد ماهوی دادرسی منصفانه انجام شود.

با آنکه قوانین ایران به‌صراحت به ضرورت پیاده‌سازی دادرسی منصفانه اشاره نکرده‌اند و تفصیل آن تنها در قلمرو دکترین مانده است، اما در برخی از آرای صادره از شعب بدوی و تجدیدنظر دیوان عدالت اداری گزاره‌هایی در راستای رعایت این اصل دیده می‌شود.

کاستی پیش‌گفته در مقررات نظام‌های حرفه‌ای ایران نیز به‌چشم می‌خورد، زیرا بررسی قوانین صنف‌ها و حرفه‌های گوناگون در کشورمان نشان می‌دهد که دادرسی منصفانه در خوش‌بینانه‌ترین حالت به صورت اشاره‌ای گذرا به یکی از قواعد ماهوی خود- و نه همهٔ آن‌ها- صورت گرفته است.

بنابراین یکی از مهم‌ترین انتظارات از نظام حقوقی کشورمان در بازنگری‌های آتی این مقررات، بازتاب مناسب قواعد دادرسی منصفانه و تعیین ضمانت اجرا برای آن است.

تا آن هنگام اما از مراجع شبه قضایی انتظار می‌رود که دست‌کم با استناد به اصول کلی حقوقی در رسیدگی‌های خود، بنیادها و نیز در قواعد ماهوی رسیدگی منصفانه را مراعات

کنند. چراکه تردیدی وجود ندارد که صرف بیان کامل همهٔ قواعد پیش‌گفته در قانون نیز تا هنگامی که مراجع شبه قضایی در حرفه‌های گوناگون خود را به آن‌ها پایبند ندانند، نمی‌تواند این هدف را به‌طور کامل محقق سازد.

در راستای یافته‌های این پژوهش پیشنهادهایی به شرح زیر نیز بیان می‌شود:

- بازنگری در مقررات نظام‌های حرفه‌ای و بازتاب مشروح قواعد ماهوی رسیدگی منصفانه در آن‌ها.
- تعیین ضمانت اجراهای گوناگون کیفری، مدنی و اداری برای رعایت دادرسی منصفانه در مراجع شبه قضایی حرفه‌های گوناگون.
- کوشش کنش‌گران دکترین حقوق عمومی برای تبیین بسترهای مناسب پاسداشت قواعد ماهوی دادرسی منصفانه در حرفه‌ها و صنف‌ها.
- توجه هرچه بیشتر به نقش مراجع قضایی عالی همانند دیوان عدالت اداری در پدیداری الزام به پاسداشت دادرسی منصفانه در رسیدگی‌های مراجع مربوطه در نظام‌های حرفه‌ای.

منابع و مآخذ

۱. ابراهیمی، فتاح (۱۳۹۳)، ***اصول دادرسی عادلانه در رسیدگی به تخلفات اداری***، چاپ اول، تهران: شهر دانش.

۲. ابوطالبی نجف‌آبادی، میثم (۱۳۹۲)، ***اصول دادرسی عادلانه در نظام حقوقی رسیدگی به تخلفات گمرکی***، تهران: جنگل _ جاودانه .

۳. الهی‌منش، محمدرضا (۱۳۹۳)، ***حقوق کیفری وتخلفات پزشکی***، تهران: انتشارات مجد.

۴. امامی، محمد و استوار سنگری، کوروش (بهار ۱۳۹۶)، ***حقوق اداری***، چاپ بیست و یکم، تهران: نشر میزان.

۵. آموزگار، مرتضی (۱۳۸۸)، ***تعقیب کیفری و انتظامی پزشک مقصر***، چاپ اول، تهران: مجد.

۶. باری، مجتبی (۱۳۹۳)، ***نظارت انتظامی کانون وکلای دادگستری***، تهران: کتاب آوا.

۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، ***ترمینولوژی حقوق***، چاپ هفدهم، تهران: چاپ راهنما

۸. رضایی‌زاده، محمدجواد (۱۳۸۵)، ***حقوق اداری (۱)***، تهران: نشر میزان.

۹. شیدفر، زین‌العابدین (۱۳۴۲)، ***حقوق عمومی و اداری***، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

۱۰. طه، فریده و اشرافی، لیلا (۱۳۹۲)، ***دادرسی عادلانه***، چاپ دوم، تهران: نشر میزان .

۱۱. عبداللهیان، امید (۱۳۹۷)، ***راهکارهای ارتقای رسیدگی عادلانه در مراجع اختصاصی غیرقضایی***، چاپ دوم، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوهٔ قضائیه.

۱۲. مؤتمنی طباطبائی، منوچهر (۱۳۹۳)، ***حقوق اداری***، چاپ نوزدهم، تهران: سازمان مطالعه وتدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت) مرکز تحقیق و توسعهٔ علوم انسانی.

۱۳. ناجی زواره، مرتضی (۱۳۹۴)، ***دادرسی بی‌طرفانه در امور کیفری***، چاپ دوم، تهران: شهر دانش.

۱۴. هداوند، مهدی و احمدی، محمد (۱۳۹۰)، ***نظام رسیدگی به تخلفات مهندسین ساختمان***، چاپ اول، تهران: جنگل- جاودانه.

۱۵. هداوند، مهدی و سهرابی، مجید (۱۳۹۰)، ***نظام حقوقی رسیدگی به تخلفات صنفی***، چاپ اول، تهران: جنگل- جاودانه.

۱۶. آبانگاه، محمد؛ مهدوی ثابت، محمدعلی؛ آشوری، محمد؛ اردبیلی، محمدعلی (پاییز ۱۳۹۸)، «تأثیر متقابل آرای دادگاه‌های کیفری ملی و محاکم کیفری بین‌المللی در پرتو قاعدهٔ منع محاکمه و مجازات مجدد»، ***مجلهٔ مطالعات حقوق عمومی***، دورهٔ چهل و نهم، شمارهٔ ۳.

۱۷. احمدی، کاظم (۱۳۹۶)، «هیأت نظارت در پرتو اصل دادرسی منصفانه»، ***ماهنامهٔ پژوهش ملل***، شمارهٔ ۸.

۱۸. امامی، علیرضا و گرجی ازندریانی، علی‌اکبر (تابستان ۱۳۹۵)، «قواعد حقوقی حاکم بر آزادی فعالیت نظام‌های صنفی در ایران»، ***مجلهٔ مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه***، دورهٔ دوم، شمارهٔ ۱.

۱۹. تقوی، زین‌العابدین و پشت‌دار، حسین (زمستان ۱۳۹۴)، «نقش و کارکرد کمیسیون رسیدگی به اختلافات ناشی از اراضی ملی از منظر اصول دادرسی منصفانه»، ***مجلهٔ پژوهش حقوق عمومی***، شمارهٔ ۴۹.

۲۰. سوادکوهی‌فر، سام (فروردین و اردیبهشت ۱۳۸۸)، «تحلیلی از نظام دادرسی بر محور حقوق شهروندی»، ***مجلهٔ دادرسی***، شمارهٔ ۷۳.

۲۱. صابر، محمود (زمستان ۱۳۸۸)، «معیارها و تضمین‌های دادرسی عادلانه در مرحلهٔ تحقیقات مقدماتی»، ***پژوهش‌های حقوق تطبیقی***، دورهٔ سیزدهم، شمارهٔ ۴.

۲۲. همتی، مجتبی (تابستان ۱۳۹۶)، «تحلیل قانون دیوان عدالت اداری از منظر استانداردهای خاص دادرسی منصفانهٔ اداری؛ با نگاهی به رویهٔ دادگاه اروپایی حقوق بشر»، ***مجلهٔ پژوهش حقوق عمومی***، شمارهٔ ۵۵.

نشریه علمی مطالعات حقوقی معاصر، سال دهم، شماره نوزدهم، پاییز و زمستان ۹۸، صفحات ۷۷- ۱۰۱

تاریخ دریافت: ۹۸/۰۴/۳۰ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۸/۱۲/۰۵

جایگاه و معیار مصلحت در اشتغال اطفال

حسین جاور[۱]

فاطمه منظمی[۲]

چکیده

اگرچه اغلب احکام بر مبنای مصالح و مفاسد موجود در موضوع آن‌ها وضع شده‌اند، اما گاهی مصلحت در موضوع پاره‌ای از احکام، نمود بیشتری دارد و صیانت از آن ضروری‌تر به‌نظر می‌رسد. اشتغال اطفال به دلیل ارتباط آن با طرف ضعیف (طفل) و مخاطراتی که در کنار فواید تربیتی اشتغال اطفال وجود دارد، ارتباط گسست‌ناپذیری با مصلحت گذشت‌ناپذیر طفل دارد. مصلحت‌پایه بودن اشتغال طفل اقتضا می‌کند، اختیار ولی یا قیم در این باره، دایرمدار این عنوان و وابسته به آن باشد.

به‌نظر می‌رسد به‌منظور صیانت از طرفِ ضعیف و شایستهٔ حمایت، اصل اشتغال طفل زمانی مجاز است که «مصلحت» مهمی مثل تربیت طفل، توان فیزیکی و محدودهٔ سنی و سایر شرایط و اوضاع و احوال، آن را اقتضا کند و صرف «نبود مفسده» در جواز اشتغال کافی به‌نظر نمی‌رسد. به‌علاوه در محدودهٔ اشتغال نیز باید مصالح عالی مرتبط با طفل در شرایط و جوانب اشتغال لحاظ گردد تا از بروز پدیدهٔ کودکان کار و استثمار آن‌ها جلوگیری شود. نوشتار حاضر نقش مصلحت را در احکام و آثار اشتغال طفل بررسی می‌کند.

واژگان کلیدی: اشتغال، طفل، مصلحت، مفسده، ولی.

---

۱. استادیار دانشگاه تهران، تهران-ایران (نویسنده مسئول) hjavar@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری دانشگاه سمنان، سمنان- ایران f_monazzami@semnan.ac.ir

مقدمه

احکام مربوط به اطفال در کتب فقهی در ابواب مستقلی مورد بحث قرار نگرفته، بلکه به به فراخور موضوع، هر قسمتی در یکی از ابواب فقهی مطرح شده است. به تبع همین امر مصلحت به صورت یک شرط عام در ابواب فقهی مربوط به اطفال مطرح نشده، بلکه در برخی از عناوین مانند نکاح، حجر و... در مورد اطفال به‌کار برده شده است.

افزون بر این، اشتغال اطفال موضوعی است که به دلیل ضعف اطفال و ضرورت حمایت از آن‌ها و نیز تأثیر مستقیم اشتغال بر وضعیت روحی و جسمی طفل و تلاش عده‌ای برای استثمار اطفال در قالب استفاده از خدمات شغلی آن‌ها و درنهایت بروز پدیدهٔ اجتماعی ناگواری به نام «کودکان کار» اهمیت دوچندان پیدا می‌کند.

کار کودکان از دیرباز در فقه مطرح بوده و امروزه در مقررات قانونی و اسناد بین‌المللی نیز به‌نوعی منعکس شده است. نظریاتی مبنی بر جواز اشتغال اطفال در فقه امامیه نیز دیده می‌شود؛ برای مثال، در مورد به‌کارگیری طفل به‌صورت اجارهٔ اَبدان، فقها اتفاق نظر داشته، در این مورد رأی خلافی یافت نمی‌شود؛ به‌علاوه، در خصوص اشتغال اطفال به صورت انجام معاملات نیز دیدگاه‌هایی مبنی بر جواز برخی انواع آن وجود دارد. اما با توجه به اهمیت بحث اشتغالِ اطفال، باید دید آیا فقه امامیه در این مورد «به‌طور مطلق» إذن در اشتغال طفل را به ولی داده است یا این إذنْ «مشروط» است؟ به‌نظر می‌رسد، لزوم رعایت مصلحت طفل ازجمله مهم‌ترین شروط حمایتی در این زمینه به‌شمار می‌رود. درحقیقت، هم «اصل جواز اشتغال» طفل و إذن ولی یا قیم در این باره، منوط به وجود مصلحت است و هم در «نحوهٔ اشتغال و شرایط آن» باید مصالح جسمی و روحی طفل به‌طور دقیق رعایت شود و هرجا تردیدی به‌وجود آید، اصل بر ممنوعیت اشتغال است.

ازاین‌رو، در این نوشتار، نخست، مفهوم مصلحت در اشتغال اطفال و سپس، حدود تأثیر این عامل مهم و معیارهای آن بررسی خواهد شد.

۱. مفهوم مصلحت

لغت‌شناسان برای درک بهتر، مصلحت را در ترادف و همراهی با واژگان مشابه و در

تقابل با مفاهیم متضاد قرار داده‌اند (ایزدهی، ۱۳۹۳، ۲۶). مصلحت در لغت به معنای صواب، شایستگی، منفعت (سعدی، ۱۴۰۸ق، ۲۱۵)، سِلم (صلح، آشتی) (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج۲، ۵۱۷)، لذت و فرح (محمود عبدالرحمان، بی‌تا، ج۳، ۳۰۰) و مقابل مفسده آمده است[۱](حکیم، بی‌تا، ۳۸۱). در کتب اصطلاح‌شناسی فقهی مصلحت را نزدیک به معنای لغوی آن تعریف کرده، تفاوت چندانی بین آن قائل نشده‌اند.

آنچه از این عبارات و سایر کاربردهای این واژه در کلمات فقیهان برمی‌آید، این است که مصلحت دارای مؤلفه‌ها و خصوصیات ویژه‌ای است که اجتماع آن‌ها می‌تواند بر صدق مفهوم مصلحت تأکید نماید. برخی از این خصوصیات از این قرارند:

الف) مصلحت مترتب بر فعل، پیش از تحقق فعل، وجودی جز وجود علمی ندارد و اعمالی که از سوی افراد در راستای تأمین مصلحت انجام می‌شود، اسبابی به جهت تحقق مصلحت هستند؛ بنابراین مراد از مصلحت، آن است که فعلی دربردارندهٔ جهت خیری باشد که بر وجوه آن فعل مترتب می‌شود.

ب) در برخی از عبارات فقیهان، مصلحت به معنای منفعت به‌کار گرفته شده است[۲] (نراقی، ۱۴۲۲ق، ج۱، ۳۳۷؛ بهجت، ۱۴۲۸ق، ج۳، ۲۴۶).

علاوه بر واژهٔ مصلحت، در بسیاری از متون از واژهٔ غبطه استفاده شده است. غبطه در واژه این‌گونه معنا شده است: رشک نمود و در چشم او نعمت دیگری جلوه کرد بدون آنکه زوال او را خواهد (عاملی، ۱۴۱۳ق، ۱۵؛ شریف مرتضی، ۱۴۰۵ق، ج۲، ۲۷۸) و به معنای نیکویی حال با شادمانی، خوشبخت، سعادتمند، نعمت و سرور نیز آمده است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج۲، ۳۵۹). بنابراین ابتنای مصلحت بر حکمت و لحاظ جهات کمالی است، درحالی که از بررسی موارد استعمال «غبطه» در عبارات فقهای عظام فهمیده می‌شود که غبطه و

---

۱. یقول الغزالی: المصلحه هی: (عبارة فی الاصل عن جلب منفعه أو دفع مضره).

۲. شهید اول در مورد مراعات مصلحت یا عدم مفسده در مال مولی‌علیه می‌گوید: احتمال الزام به مراعات مصلحت مولی‌علیه بیشتر است؛ به دلیل آنکه ولی برای حفظ مصلحت مولی‌علیه منصوب شده است و اصل بر باقی ماندن املاک طفل بر حالت پیشین خود است و همین‌طور وجودیات، این هدف را تجلی می‌بخشد، نه عدمیات. همانا بیع برای کسی که ولایت آن را برعهده داری، همراه با رعایت مصلحت مولی‌علیه صحیح است و در غیر آن، خیر، اما مصلحت لازم است (عاملی، بی‌تا، ج۵، ۷۲).

منفعت به معنی دستیابی آدمی به نیازهای مالی و بدنی در زندگی فردی و جمعی است. همچنین مرتکز اذهان این است که واژه‌های «مصلحت» و «مفسده» و سایر مشتقات این دو ماده، مفاهیمی ارزشی و اخلاقی یا ضد اخلاقی هستند؛ درحالی که «غبطه و منفعت» چنین نیست و مد نظر در آن دفع ضرر مالی و جسمی از مکلف است. البته به لحاظ مصداقی میان «غبطه» و «مصلحت» رابطهٔ عموم و خصوص من وجه برقرار است و در بعضی از مصالح شرعی، غبطهٔ مکلف نیز وجود دارد. ولی به‌هرحال از جهت مفهومی، غبطه و مصلحت دو مفهوم متباین هستند (پورعبدالله، ۱۳۹۵، ۵۶).

به این ترتیب، مصلحت انسان چیزی است که هم جنبهٔ مادی و هم نیازهای روحی و معنوی او را دربر دارد و در این میان توجه به مقاصد و کمالات انسانی جایگاه ویژه‌ای پیدا می‌کند (مقدادی، ۱۳۹۰، ۱۸۰).

۲. پیشینهٔ بحث

بازبینی پژوهش‌های انجام‌شده در این باره نشان می‌دهد، بیشتر پژوهشگران بر روی مسئلهٔ کودکان کار پژوهش نموده‌اند تا اشتغال اطفال، و نیز مسائل و مشکلات پیرامون کودکان کار را پیگیری کرده‌اند.

افزون بر این، در فقه امامیه نیز امکان‌سنجی اشتغال اطفال در مباحث مختلفی ازجمله حجر و اجارهٔ اشخاص مورد بحث قرار گرفته است. ازاین‌رو مقالهٔ پیش‌رو در پی بررسی مصلحت به‌عنوان مهم‌ترین شرط فقهی در اشتغال اطفال و آثار و جایگاه آن در موضوع موردنظر است که برای دستیابی به این منظور ابتدا به بررسی دلایل مختلف دیدگاه فقها در مورد مصلحت اطفال پرداخته است که برخی مقالات نیز به جنبه‌های مختلف مصلحت در مورد اطفال اشاره کرده‌اند؛ ازجمله مقالهٔ «قلمرو ولایت قهری در امور صغار» به بررسی قلمرو ولایت قهری در امور مالی (در خصوص بررسی تصرفات ولی در اموال طفل) و غیرمالی در فقه امامیه و حقوق ایران می‌پردازد (مقدادی، ۱۳۸۲، ۱۶۹).

مقالهٔ «تبیین مصلحت به‌مثابهٔ سنجه و شاخص ولایت قهری» به گزارشی تبیینی از چگونگی نمود و ظهور اصل مصلحت در ولایت قهری و گزاره‌های مترتب مربوط بایسته‌ای

است که این جستار برای خود ترسیم کرده و به بررسی ویژگی‌های ولی ازجمله محجور نبودن، عدالت و... در بستر مصلحت پرداخته است (ارژنگ، ۱۳۹۷، ۳۵۷).

بنابراین، موضوع پژوهش حاضر در هیچ‌یک به‌طور خاص مطرح نشده است.

۳. دیدگاه فقها در رعایت مصلحت طفل در تصرف ولیّ در شئون طفل

از آنجا که اشتغال طفل یکی از شئون مرتبط با ولیّ او محسوب می‌شود، شایسته است نخست، دیدگاه فقهی دربارهٔ جایگاه مصلحت در مطلق تصرفاتِ ولی و سپس در خصوص تصرف ولی در قلمرو اشتغال بررسی شود.

دربارهٔ رعایت مصلحت در ولایت ولی بر حقوق طفل، دو دیدگاه اصلی وجود دارد. مشهور فقها بر اساس دلایل خاص، به الزام رعایت مصلحت یا عدم مفسده در اعمال سرپرست نسبت به طفل قائل است و درمقابل، دیدگاه دیگری بر عدم الزام به رعایت مصلحت یا عدم مفسده تأکید دارد. صاحبان این دیدگاه معتقدند اعمال و تصرفات ولی، حتی با وجود مفسده نیز در برابر دیگران صحیح است. این دو دیدگاه و دلایل هر گروه بررسی می‌شود.

۱,۳. دیدگاه مبتنی بر عدم دخالت مصلحت در تصرف ولیّ در شئون طفل و دلایل آن

دیدگاه اول، مبتنی بر عدم نیاز به «رعایت مصلحت یا نبود مفسده» بیان شده است. در توجیه این نظریه، به ادلهٔ گوناگونی استناد شده است که در ادامه بررسی می‌شود.

۱,۱,۳. روایات

عده‌ای از فقیهان امامیه بر این باورند که ولی اعم از پدر یا جد، اجازهٔ هرگونه تصرفی را دارد و در تصرفاتِ ولی، «وجود مصلحت» یا «عدم مفسده» شرط نیست. مهم‌ترینِ ادلهٔ آن‌ها، اطلاقِ روایاتی است که مال فرزند را از آن پدر دانسته است:

الف) صحیحهٔ ابن مسلم: «پدر از مال فرزند خود هرچه بخواهد برمی‌دارد»[۱](انصاری دزفولی، ۱۴۱۲ق، ج۳، ۵۳۸). در این روایت پدر اختیار کامل در استفاده از اموال طفل دارد.

ب) از سعیدبن یسار نقل‌شده که از أبی عبداللّه صادق (ع) پرسیده شده است: پدر می‌تواند از نقدینهٔ فرزند صغیرش برداشت کند و به حج برود؟ ابو عبداللّه فرمود: بلی. از مال فرزندش برمی‌دارد و به حج فریضهٔ اسلامی می‌پردازد. من گفتم: می‌تواند برای مخارج زندگی از مال فرزندش بردارد؟ ابو عبد اللّه گفت: بلی. ابو عبداللّه فرمود: مال فرزند به پدرش تعلق دارد[۲](عاملی، ۱۴۰۹ق، ج۱۱، ۹۱؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج۱۲، ۲۶۷).

این روایت فی‌الجمله بر اثبات مدعای یادشده دلالت دارد. زیرا از یک سو، بخشی از روایت که با «إِنَّ مَالَ الْوَلَدِ لِلْوَالِدِ» آمده است، نوعی تعلیل و عمومیت را افاده می‌کند. درواقع امام در این روایت، در پاسخ به پرسشی جزئی، پاسخی کلی می‌دهد که این مطلب نشانگر آن است که روایت به مورد حج اختصاص ندارد و به دلیل اطلاق عبارتِ ذیل روایت (لأن مال الولد لوالده)، ولیّ می‌تواند در مال طفل آن‌چنان‌که می‌خواهد تصرف کند؛ چه برای تشرف به حج و چه به صورت انفاق (خوئی، بی‌تا، ج۱، ۱۶۴).

ج) محمدبن سنان از امام رضا (ع) نقل می‌کند: علت حلال شمردن مال فرزند بر پدرش، آنست که فرزند بخشیده شده است به پدرش. در این سخن خداوند متعال می‌فرماید: «یهب لمن یشاء إناثا و یهب لمن یشاء الذکور»[۳](ابن بابویه، ۱۳۹۱، ج۲، ۵۲۴).

د) محمدبن مسلم گوید: از امام باقر (ع) در مورد مردی که به مال و ثروت پسرش نیازمند می‌شود، پرسیدم، فرمود: هرچقدر می‌خواهد بردارد؛ به شرطی که زیاده‌روی و اسراف نکند. آن حضرت فرمود: فرزند نمی‌تواند بدون اجازهٔ پدرش چیزی از اموال او را برای خود بردارد، ولی پدر می‌تواند از مال پسرش هرچه می‌خواهد بردارد. آن حضرت فرمود: رسول خدا (ص) به مردی فرمود: تو و مالت برای پدرت هستی (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج۵، ۱۳۵؛ کلینی،

---

۱. (صحیحهٔ ابن مسلم: ان الوالد یأخذ من مال ولده ما شاء).

۲. (قَالَ- إِنَّ مَالَ الْوَلَدِ لِوَالِدِهِ- إِنَّ رَجُلًا اخْتَصَمَ هُوَ وَ وَالِدُهُ إِلَى النَّبِيِّ ص- فَقَضَى أَنَّ الْمَالَ وَ الْوَلَدَ لِلْوَالِدِ).

۳. محمدبن سنان از امام رضا (ع): من آن علة تحلیل مال الولد لوالده؛ أن الولد موهوب للوالد فی قوله تعالی: «یهب لمن یشاء إناثا و یهب لمن یشاء الذکور».

بی‌تا، ج۵، ۳۱۶)، ولی این روایت در نزد مشهور ضعیف دانسته شده است (اصفهانی، ۱۴۰۴ق، ج۱۹، ۱۰۶).

ه) روایت عبیده‌بن زراره. همین‌طور این عبارت در روایت دیگری نیز آمده است. عبیدبن زراره می‌گوید: امام صادق (ع) فرمود: روزی نزد زیادبن عبیداللّه حارثی بودم، در همان حال مردی آمد و علیه پدرش شکایت کرد و گفت: خداوند کارهای امیر را اصلاح کند! پدرم، دخترم را بدون اجازهٔ من به عقد جوانی درآورده است. زیادبن عبیداللّه به اطرافیانش گفت: دربارهٔ سخن این مرد چه می‌گویید؟ همه گفتند: عقدش باطل است. سپس زیادبن عبیداللّه به من رو کرد و گفت: شما چه می‌گویید ای ابا عبداللّه؟ هنگامی‌که از من سؤال کرد به آن‌هایی که جواب داده بودند رو کردم و گفتم: آیا در روایت‌هایی که از پیامبر خدا (ص) نقل می‌کنید چنین نیست که روزی مردی نزد رسول خدا (ص) آمد درحالی که از پیامبر (ص) علیه پدرش مانند همین جریان شکوه کرد؟ پس رسول اللّه فرمود: تو و اموالت از آن پدرت هستید؟! اطرافیان زیادبن عبیداللّه گفتند: آری. امام صادق (ع) فرمود: گفتم: پس این چگونه است درحالی که او و اموالش از آن پدرش می‌باشد، اما عقد پدرش (بر او) لازم نیست؟! امام فرمود: اما زیادبن عبیداللّه به قول آن‌ها عمل کرد و قول مرا ترک کرد (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج۵، ۳۹۵؛ کلینی، بی‌تا، ج۶، ۲۶۰).

در دو روایت اخیر، اطلاق عبارت «أَنْتَ وَ مَالُکَ لِأَبِیکَ» فراتر از بحث اموال طفل رفته است و ولیّ را در همهٔ امور طفل مسلط می‌داند، همان‌طور که در روایت عبیده‌بن زراره امام (ع) می‌فرماید، اگر تو و اموالت از آن پدرت هستی چگونه عقدش باطل است؟ این عبارت به‌خوبی مشخص می‌کند که ولیّ در اموری همچون اجاره دادن طفل و به‌کارگماری او نیز می‌تواند آن‌چنان که لازم می‌داند عمل کند.

هرچند برخی به عمومیت روایت «أنت و مالک لأبیک»، بر جواز تصرف آزادانه «ولی» حتی در صورت وجود مفسده استناد کرده‌اند، استنباط این حکم با توجه به ادله، قرائن و شواهدِ برخلاف، دشوار به‌نظر می‌رسد. اول اینکه الفاظ این روایت عرفاً در اثبات ملکیت طلق پدر بر فرزند و مالکیت او ظهور ندارد تا مآلاً حق طلق تصرف ازجمله ربودن و حلیت آن را نتیجه دهد؛ به‌نحوی که عرفاً نمی‌توان گفت، اموال فرزند حقیقتاً یا تنزیلاً متعلق به پدر است.

دوم اینکه این استنباط مستلزم اجتماع دو ملکیت طلق، بر مملوک واحد خواهد بود که به لحاظ عقلایی محال است (اللازم باطل فالملزوم مثله). قائل شدن به سلسله‌مراتب و تقدم پدر بر فرزند در فرض تزاحم در مقام تصرف، اگرچه شاید محذور عقلی یادشده را مرتفع کند، سخن بی‌دلیلی است، زیرا دلیل برخلاف آن وجود دارد؛ چراکه از یک سو، عرف در مقام تزاحم، هیچ‌کس را بر مالک مقدم نمی‌شمارد، و از سوی دیگر این برخلاف مفاد روایاتی است که به لسان ارشاد به حکم عقل و عرف، مالک را درهرحال در مقام تزاحم و تعارض منافع بر دیگران مقدم شمرده‌اند؛ حتی اگر معارض حق مالکیت پدر باشد.

سوم آنکه در صحیحهٔ محمدبن یحیی، امام صادق (ع) حکمت روایت أنت و مالک لأبیک را بیان کرده‌اند که آن را با معنایی جز معنای ظاهری تعبیر می‌کنند. پس این روایت به علت وضعیت خاص پدر صادر شده است و از خصوص این روایت حکم کلی مالکیت قابل‌استخراج و استنباط نیست و بر اساس آن، پدر فقط برای غذای خود حق دارد از مال فرزند بردارد و اگر پیامبر به فرزند فرمود: «تو و اموالت از آن پدرت هستی» به دلیل وضعیت خاص پدر بوده و نمی‌توان از آن حکم کلی مالکیت پدر بر اموال فرزند را استخراج کرد. درحقیقت، در آن بخش که به‌صرف اموال فرزند برای هزینه‌های مربوط به خود فرزند است و در آن بخش که مربوط به برداشتن نفقهٔ خود پدر است، از ظاهر روایت پیداست حاجتمندی پدر مجوز این اقدام تلقی شده است که بازهم ملکیت برای پدر افاده نمی‌کند (جاور، ۱۳۹۴، ۷۴۱-۷۳۹).

چهارم آنکه این دو روایت را ضعیف شمرده‌اند (اصفهانی، ۱۴۰۴ق، ج۲۰، ۱۳۲).

پنجم آنکه به نظر برخی، این روایات درحقیقت در مقام بیان این نکتهٔ ظریف هستند که پسر باید حق پدر را ادا کند، خود و مالش را در خدمت پدر قرار دهد؛ وگرنه پدر در صورت عجز و احتیاج می‌تواند نفقهٔ خود را از اموال فرزند بردارد (روحانی قمی، ۱۴۲۹ق، ج۴، ۲۶۰).

درنهایت بر اساس این دیدگاه اگر به اطلاق این ادله عمل شود، طبیعی است که مال طفل از آنِ «ولی» بوده، او همچون مال خود می‌تواند در آن تصرف کند. ازاین‌رو اگر تصرفی همراه با مفسده انجام پذیرد، ضمانت اجرایی به‌دنبال نخواهد داشت.

۲,۳. دیدگاه مبتنی بر دخالت مصلحت در شئون طفل و دلایل آن

برخلاف دیدگاه نخست، برخی بـه تصـرف آزادانـهٔ ولـیّ طفـل معتقـد نیسـتند و وجـود مصلحت در تصرفات او را شرط می‌داننـد. ایـن دیـدگاه بـه‌عنوان دیـدگاه مشـهور (نراقـی، ۱۴۲۲ق، ج۱، ۳۳۷؛ بهجت، ۱۴۲۸ق، ج۳، ۲۴۶؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج۲، ۲۰۰؛ حلی، ۱۴۱۰ق، ج۲، ۲۱۲؛ انصاری، ۱۴۱۲ق، ۱۵۲) در فقـه امامیـه پذیرفتـه شـده و اسـتدلال‌هایی در ایـن دیدگاه مطرح شده است. علاوه بر اسـتدلالی‌هایی کـه در ردّ دلیـل گـروه اول مطـرح و در دیدگاه پیشین طرح گردید، دلایل این قول در ادامه بررسی می‌شود.

۱,۲,۳. آیات

آیاتی در این باره مـورد اسـتناد گـروه دوم قـرار گرفتـه کـه لازم اسـت اشـاره شـود و مناقشه‌های دلایل آن‌ها نیز مورد توجه قرار گیرد:

الف) «وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْيَتِيمِ إِلّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»[۱] این آیه از مهم‌ترین آیاتی بـوده کـه در این مبحث به آن اشاره شده است. بر اساس اطلاق این آیه، لزوم رعایت مصلحت، جد را نیز شامل می‌شود (انصاری دزفولی، ۱۴۱۲ق، ج۳، ۵۳۸)، زیرا در معنای عرفی، یتیم بر کسی که پدر خود را ازدست داده است اطلاق می‌شود.

ازآنجا که شیخ انصاری در ذیل این نکته از عبارت «فلو سـلم دلالتهـا» اسـتفاده کـرده است، معلوم می‌شود دلالت آیه را بر مدعای یادشده قبول نـدارد یـا دسـت‌کم در آن تردیـد دارد؛ بنابراین، برخی از فقیهان (طباطبایی قمّی، ۱۴۰۰ق، ج۳، ۲۷)، مناقشـه‌هایی را در ایـن باره و در حد احتمال مطرح کرده و پاسخ داده‌اند. اول آنکه با وجود جد به طفل، یتـیم گفتـه نمی‌شود. دوم، واژهٔ «أحسن» در آیه به معنای «حَسَـن» اسـت و نـه معنـای تفضـیلی. آیـهٔ کریمه بر عدم جواز تصرف در مال طفل در صورت وجود مفسده دلالـت دارد و بـرای جـواز تصرف، کافی است که مفسده‌ای در تصرف نباشد. درنتیجه، این آیـه در مـورد لـزوم وجـود شرط مصلحت در تصرفات دلالتی ندارد (همان). سوم آنکه حتی اگر فرض کنیم عمـوم آیـه بر لزوم وجود مصلحت در تصرفات دلالت می‌کند، به‌وسیلهٔ روایاتی که صرف عدم مفسده را کافی می‌دانند، تخصیص می‌خورد (همان، ۲۸-۲۷).

---

۱. الأنعام: ۱۵۲؛ الإسراء: ۳۴.

پاسخ اشکال اول این است که دلالت یتیم بر کسی که پدر خود را ازدست داده، واضح است؛ حتی اگر جدّ او زنده باشد. در پاسخ به اشکال دوم هم می‌توان گفت، اولاً خلاف ظاهر است که واژه‌ای در غیر معنای حقیقی خود به‌کار رود؛ مگر درجایی که «قرینهٔ صارفه» وجود داشته باشد و در اینجا، چنین قرینه‌ای وجود ندارد. ثانیاً بر فرض که بپذیریم، «أحسن» به معنای «حَسَن» باشد، باز هم بر کفایت «عدم مفسده» و «عدم اشتراط وجود مصلحت» دلالت ندارد؛ زیرا به چیزی که «نه در آن مفسده باشد و نه مصلحت»، در اصطلاح، «حسن» گفته نمی‌شود. بلکه برای حَسَن بودن چیزی، باید در انجام آن درجه‌ای از مصلحت نیز وجود داشته باشد. درنتیجه، صرف نبود مفسده در تجویز فعل پدر یا جدّ پدری کفایت نمی‌کند.

در پاسخ به سومین اشکال احتمالی نیز گفته شده است، وجهی برای تخصیص این آیه با روایات وجود ندارد و اصولاً برای بررسی این روایات به دلیل مخالفت با کتابْ مجالی باقی نمی‌ماند؛ زیرا از یک سو، آیه بر عدم جواز تصرف در مال یتیم دلالت دارد؛ اعم از اینکه متصرف، پدر، جدّ پدری یا غیر آن باشد. دیگر اینکه آن تصرف دارای مصلحت باشد و از سوی دیگر، روایات بر جواز تصرف پدر و جد دلالت می‌کند، اعم از اینکه در آن مصلحت باشد یا نه؛ درحالی که آیه بر عدم جواز چنین تصرفاتی دلالت دارد. بنابراین، نسبتِ میان این آیه با روایات، عموم و خصوص من وجه است **و** روایاتی که به نحو عموم من وجه با آیه مخالفت دارند، بررسی نمی‌شوند (همان، ۲۸-۲۷).[1]

ب) «فِی الدُّنْیا وَ الْآخِرَةِ وَ یَسْئَلُونَکَ عَنِ الْیَتامی قُلْ إِصْلاحٌ لَهُمْ خَیْرٌ وَ إِنْ تُخالِطُوهُمْ فَإِخْوانُکُمْ وَ اللَّهُ یَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَ لَوْ شاءَ اللَّهُ لَأَعْنَتَکُمْ إِنَّ اللَّهَ عَزیزٌ حَکیم»[2]. آیهٔ موردبحث بعد از آیات سورهٔ نساء نازل شده و با این معنا آن روایاتی که در شأن نزول آیه

---

۱. انه لایبعد طرح الروایات الواردة فی المقام و لا یبقی مجال لملاحظة النسبة بینهما لکونها مخالفة للکتاب، فتشمله الروایات الآمرة بطرح ما خالف الکتاب و بعبارة أخری لو قلنا بان الروایة المخالفة للآیة بالعموم من وجه مخالفة للکتاب فی نظر العرف فلا بد من طرحه.

۲. سورهٔ بقره، آیهٔ ۲۲۰: هم دربارهٔ دنیا تفکر کنید و هم آخرت و از تو مسئلهٔ ایتام را می‌پرسند، بگو اصلاح امور آنان بهتر از رها کردن آنان از ترس اینکه مبادا از مال آنان به طرف شما آید، و اگر با آنان اختلاف کنید، برادران شمایند و خدا مفسد شما را از مصلحتان می‌شناسد و اگر خدا می‌خواست شما را به مشقت می‌انداخت.

وارد شده است، تأیید می‌شود و در عبارت «قُلْ إِصْلاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ» ازآنجا که کلمهٔ اصلاح نکره و بدون الف و لام آمده، دلالت دارد بر اینکه آنچه مرضی خداست، نوع خاصی از اصلاح است و نه هر اصلاحی؛ هرچند که اصلاحْ ظاهری باشد. پس باید گفت نکره آمدن اصلاح برای افادهٔ نوع خاصی از اصلاح است و درنتیجه مراد از صلاح، اصلاح حقیقی است، نه اصلاح صوری (علامه طباطبایی، بی‌تا، ج۲، ۲۹۶). این نوع اصلاح، به قرینه اینکه در ادامه، مصلح در برابر مفسد قرار گرفته و ازآنجا که موضوع تصرف مال باشد، مصلحت مالی و مصلحت‌سنجی در رعایت غبطهٔ مالی یتیم است و اگر موضوع تصرف غیرمالی باشد، مصلحت‌ها غیرمالی خواهد بود؛ چنان‌که برخی فقیهان امامیه در مورد ملاک مصلحت داشتن ازدواج یتیم، با تعبیر «وَ يَسْئَلُونَکَ عَنِ الْيَتامى قُلْ إِصْلاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ و التزويج مع المصلحة إصلاح» به همین آیه تمسک کرده‌اند (ترحینی عاملی، ۱۴۲۷ق، ج۶، ۱۷۷؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج۲۴، ۲۷۹؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج۱۴، ۴۷۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج۲۹، ۱۹۱).

۲،۲،۳. روایات

در توجیه دیدگاه دوم می‌توان به روایاتی اشاره کرد که بعضاً روایات دیدگاه اول را شرح داده یا مقید می‌کنند، ازاین‌رو لازم است این دسته روایات نیز بررسی شوند.

- حسین‌بن ابی علاء گوید: به امام صادق (ع) عرض کردم: چقدر از مال فرزند برای پدر حلال است؟ فرمود: به اندازهٔ خوراک ضروری‌اش- و بدون اسراف و زیاده‌روی- درصورتی که به آن اضطرار پیدا کند. عرض کردم: پس گفتار رسول خدا (ص) به مردی که نزد آن حضرت آمد و پس از او نیز پدرش آمد و فرمود: «تو و ثروتت برای پدرت هستید»، چطور؟ فرمود: آن جریان از این قرار بوده که آن شخص پدرش را نزد پیامبر (ص) آورد و عرض کرد: ای رسول خدا! این پدر من است و در مورد میراث من از مادرم به من ظلم کرده است. آن پدر نیز عرض کرد که آنچه را برداشته خرج خودش و پسرش کرده است. ازاین‌رو رسول خدا فرمود: تو و ثروتت برای پدرت هستی. به نظر تو آیا باید رسول خدا پدر را به خاطر پسرش در این مورد زندانی می‌کرد؟! (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج۵، ۱۳۶؛ کلینی، بی‌تا، ج۵، ۳۱۷؛ اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ج۳، ۱۷۷).

- ابوحمزه ثمالی می‌گوید: امام باقر (ع) فرمود: رسول خدا (ص) به مردی فرمود: تو و ثروتت برای پدرت هستی. آنگاه امام باقر ادامه داد: و من دوست نمی‌دارم که پدر از مال پسرش چیزی بردارد، مگر برای رفع احتیاجات ضروری؛ به‌راستی‌که خداوند فساد را دوست نمی‌دارد (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج۵، ۱۳۵؛ همان، بی‌تا، ج۵، ۳۱۶). استناد به آیهٔ «لایُحِبُّ اَلْفَساد» در ذیل روایت یادشده، شاهدی است بر اینکه از لایحب ارادهٔ حرمت شده نه کراهت؛ بنابراین، تصرفی که برای طفلْ مفسده داشته باشد جایز نیست (روحانی قمّی، ۱۴۲۹ق، ج۴، ۲۶۱)، زیرا در این مورد مکروه بودن فساد معنا ندارد.
- عبداللّه‌بن سنان گوید: امام صادق (ع) در مورد گفتار خدا که می‌فرماید: «پس باید به‌اندازهٔ معروف بخورد»، فرمود: معروف یعنی خوراک ضروری است و این تنها در مورد وصی یا سرپرست یتیمان است که اموال آن‌ها را نگهداری و به مصالح آن‌ها رسیدگی می‌کند (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج۵، ۱۳۰؛ انصاری شیرازی، ۱۴۲۹ق، ج۲، ۳۵۲؛ کلینی، بی‌تا، ج۵، ۳۰۱). این روایت بر این مطلب دلالت دارد که ولیّ برای حفظ اموال طفل و رعایت مصلحت او منسوب شده و تصرفات، تنها به مقتضای مصلحت جایز است (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج۵، ۱۳۰؛ انصاری شیرازی، ۱۴۲۹ق، ج۲، ۵۲؛ کلینی، بی‌تا، ج۵، ۳۰۱) و نیز معلوم می‌شود که تصرف درصورتی که مشتمل بر مفسده طفل باشد، جایز نیست (انصاری، ۱۴۱۲ق، ج۳، ۵۳۸).

۳،۲،۳. اجماع

شیخ انصاری در کتاب مکاسب (انصاری، ۱۴۱۲ق، ج۳، ۵۳۸) از فقهای بزرگ شیعه، اجماعی را در این خصوص نقل می‌کند. همین‌طور در منابع آمده است که بین فقها در جواز بیع و شراء اموال صبی در صورت وجود مصلحت اختلافی دیده نمی‌شود. اما به‌نظر می‌رسد ازآنجا که این اجماع، مدرکی محسوب می‌شود، به‌طور مستقل دلیل به‌حساب نمی‌آید.

۴،۲،۳. حکمت جعل ولایت

می‌توان حکمت جعل ولایت را به‌عنوان مؤید برای ادلهٔ پیش‌گفته ذکر کرد، زیرا حکمت جعل ولایت برای پدر و جدّ پدری و... جلب منافع طفل و دفع ضرر از آنان است و اگر این

مقصود رعایت نشود، دخالت آنان جایز نیست؛ چراکه حکمت ولایت ازبین می‌رود. برخی اشکال کرده‌اند، این استدلال در صورتی تمام است که ولایت فقط با توجه به مصلحت مولی‌علیه، جعل و اعتبار شده باشد؛ درحالی‌که چنین نیست، زیرا چه‌بسا در بعضی موارد، مصلحتِ ولی نیز مورد توجه است (انصاری، بی‌تا، ج۲، ۳۴). در پاسخ می‌توان گفت اختیار تصرف ولیّ، اولاً بالذات برای ادارهٔ امور و حفظ مصلحت طفل است، به همین دلیل، مصلحت طفل در صورت تزاحم با مصلحتِ ولی، برتری دارد.

در بررسی و جمع‌بندی دلایل دو دیدگاه چنین به‌نظر می‌آید روایاتی که استفادهٔ ولی از مال طفل مُجاز تلقی شده، مربوط به عدم توانایی مالی پدر و نفقه نداشتن او است. ازآنجا که پدر در صورت ناتوانی، حتی با وجود صغر سن، جزء افرادی محسوب می‌شود که نفقهٔ وی باید از اموال فرزندش پرداخت شود، می‌توان چنین پنداشت که دریافت نفقه پدر از مال فرزندش جزء حقوق او محسوب می‌شود و از سوی دیگر، چون خودِ فرزند به دلیل نداشتن اهلیت تصرف، صلاحیت تصرف در مال خود را ندارد، پدر می‌تواند شخصاً به قدر متعارف و برای رفع حاجت از آن بردارد.

درنتیجه، عموم و اطلاق این روایات با بخش دیگری از روایاتی که در دیدگاه دوم بیان شد، محدود می‌شود. ازجمله اینکه جواز برداشت از مال فرزند برای مصارف شخصیِ ولی، به مواردی مثل رعایت حد متعارف و در موارد ضروری محدود می‌شود و در سایر موارد، باید در چارچوب مصلحت طفل و پرهیز از هر نوع اقدام مفسده‌انگیز باشد. حکمت جعل ولایت برای پدر و جدّ پدری بر مدار مصلحت طفل نیز موافق این تحلیل است.

۴. جایگاه مصلحت در اعمال ولایتِ ولی در اشتغال اطفال

اشتغال اطفال را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: اول آنکه اشتغال اطفال از طریق معاملات؛ دوم، اشتغال اطفال از طریق به‌کارگماری طفل از سوی ولی. ازاین‌رو در بحث اشتغال با دو قلمروِ «ولایت ولیّ بر اموال طفل» و همچنین «ولایت ولیّ بر اعمال طفل» که می‌توانند برای طفل آسیب‌زا باشد روبرو هستیم.

با توجه به ادلهٔ ارائه‌شده می‌توان گفت ولیّ ملزم به رعایت مصلحت طفل در امور مربوط به اوست و اشتغال اطفال نیز از جنبهٔ «مراقبت از خود طفل» و «اموال او» در این عموم داخل می‌شود، زیرا حکمت جعل ولایت در این باره، مراقبت و رعایت مصلحت طفل است.

همچنین با توجه به ادلهٔ ارائه‌شده در دیدگاه دوم می‌توان گفت، عمل بر طبق مصلحت در فقه امامیه به‌عنوان یکی از شروط مهم ولایت بر صغار ذکر شده است. درحقیقت، اگرچه تحصیل سود و تجارت با اموال صغیر واجب نیست، اما حفظ آن واجب است و فعل یا ترک فعل در آن، باید با رعایت مصلحت باشد (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج۹، ۷۰۲). درنتیجه، معاملاتی که روی اموال طفل و بدون رعایت مصلحت انجام شود، محکوم به بطلان (عدم نفوذ) است. معاملات طفل نیز زیر نظر ولی و وابسته به إذن اوست. بنابراین در این معاملات نیز باید مصالح طفل رعایت شود؛ تاجایی که برخی فقها معاملات طفل بر اموال خود را به‌طور کلی جایز ندانسته، در مورد اموال دیگران، با اجازهٔ آنان معاملات طفل را صحیح می‌شمارند. در این نظریه، تفصیل اول این است که بین وضعیت معاملات طفل با وصف «استقلال از ولی یا قیم» از یک سو و تصرف در «اموال خود» و «اموال دیگران» تفاوت وجود دارد و البته در این تفصیل تمیز یا عدم تمیز در طفل نیز به نوعی لحاظ شده است. طفل محجور است و به‌واسطهٔ حجر نمی‌تواند در اموالش تصرف کند، ازاین‌رو معاملات او در«اموال خودش باطل است»؛ تا اینکه به حد بلوغ و رشد برسد و آیهٔ ششم سورهٔ نساء و روایات این باب نیز مربوط به عدم جواز تصرفات طفل در اموال خودش است. اما اگر «طفل ممیّز» باشد، می‌تواند «مستقلاً» در غیر اموال خودش تصرف کرده، معاملاتی را از طرف صاحب مال انجام دهد.

آیه و روایات این باب فقط بر عدم جواز تصرفات طفل غیربالغ در اموال خودش تا وقتی‌که به بلوغ و رشد برسد دلالت دارند و این حکم، یک حکم تعبدی از طرف شارع به دلیل حفظ اموال یتیمِ صغیر است و دلیل دیگری به‌جز آن برای منع و عدم جواز تصرفات طفلِ ممیّز در غیر اموال خودش وجود ندارد؛ چراکه طفلِ ممیّز معنای عهد و عقد و نیز سود و زیان را متوجه می‌شود، درنتیجه خللی در تصرفات او در غیر اموال خودش به‌وجود نمی‌آید.

از طرفی ادله و عمومات باب بیع نیز شامل این مورد شده، بر صحت معاملات طفل ممیّز در غیر اموال خودش دلالت دارند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج۲، ۴۱).

افزون بر این در مورد به‌کارگماری طفل از سوی ولی، علاوه بـر حفـظ مصـلحت مـالی طفل، مصلحت جسمانی و مراقبت از طفل نیـز مطـرح می‌گـردد کـه ازجملـه وظـایف وی، حضانت و مراقبت از طفل است که در اکثر موارد حاضن و ولی در یک نفر همچون پـدر یـا جد جمع می‌شود. ازاین‌رو با توجه به ادلهٔ یادشده، مصلحت در تمام اعمالِ ولـی بایـد ظـاهر باشد، ازاین‌رو اشتغال اطفال نیز با اعمـال ولایـتِ ولـی در بـه‌کارگیری طفـل وجـود دارد و می‌توان آن را یکی از مهم‌ترین شروط در محدود ساختن گسترهٔ إذنِ ولـی دانسـت و اجـازهٔ ولی در به‌کارگماری طفل را به صورت مطلق قلمداد نکـرد، چراکـه تأکیـد شـارع بـه لـزوم مصلحت در حفظ اموال طفل به طریق اولی لـزوم حفـظ مصـلحت در تمامیـت جسـمانی و مراقبت از او را می‌رساند.

ازاین‌رو، توجه به مصلحت اطفال در اشتغال آن‌ها معیاری است که می‌تواند منافع آنان را حفظ کرده، اطفال را از امتیازات تربیتی اشتغال اطفـال نیـز بهره‌منـد سـازد و همین‌طـور از پیامدهای سوء اشتغال اطفال و تبدیل آن به پدیدهٔ کودکان کار جلوگیری می‌کند.

ازجمله مصادیقی که می‌توان در بحث اشتغال اطفال ذکر کرد این موارد است:

- در آیهٔ ششم سورهٔ نساء به آزمایش اطفال جهت حصول رشد آنان اشاره شده است. این آزمایش از اطفال مختلف گوناگون بوده و در برخی به صورت اشتغال به پیشهٔ خاصـی است.
- سرپرست طفل علاوه بر پرورش جسمانی، ملزم به تربیت و پرورش اخـلاق اجتمـاعی اوست و در مواردی که مقتضی بداند باید از طریق مشاغل مناسـب، روحیـات و جسـم وی را با اجتماع آشنا کرده، مهارت‌های لازم را نیز به او بیاموزد.
- برخی از اطفال از بهرهٔ هوشی متمایزی برخوردارند و بسیار زودتر از همسالان خود بـه رشد عقلی و اجتماعی دست می‌یابند. بدیهی است این اطفال مناسب با وضعیت خـود، نیاز به تربیت ویژه و ممتازی دارند که در برخی موارد از طریق اشتغال، به حرفهٔ خاصی می‌انجامد.
- اطفال (به‌خصوص پسران) پس از طی دوران کودکی باید در اجتماع زندگی کـرده، بـه اشتغال بپردازند. ارائهٔ الگوهای مناسب از اجتمـاع، رفتـار مناسـب بـا آن‌هـا و آمـوزش

مهارت‌های شغلی به این اطفال لازم به‌نظر می‌رسد. این موارد ازجمله مصادیقی هستند که ممکن است اشتغال طفل در آن‌ها به مصلحت او باشد.

۵. تقسیم‌بندی مصالح طفل در اشتغال اطفال

در این مورد باید دید چه مصالحی در اشتغال اطفال باید رعایت شود. با توجه به اهمیت طفل، و نظر به این نکته که اشتغال امری چندجانبه است، بدیهی است مصالح او باید به صورت همه‌جانبه حفظ شود؛ ازاین‌رو می‌توان مصلحت طفل در اشتغال اطفال را به سه دستهٔ کلی تقسیم کرد:

۱,۵. مصلحت روحی و روانی

انتخاب شغل به‌صورت کلی و انتخاب نوع شغل برای طفل باید متناسب با مصالح روحی او بوده و برای او مفسده نداشته باشد و انتخاب شغل برای طفل باید با آینده‌نگری برای وی همراه باشد. یکی از مصادیق آینده‌نگری در این مورد، انتخاب شغلی با مزایای تربیتی است. همین‌طور می‌توان گفت برخی از مشاغل به‌عنوان اشتغال تربیتی از این مزیت به‌طور خاص بهره‌مند هستند، اما هر شغلی می‌تواند از نظر تربیتی بر طفل اثر گذاشته، در تشکیل شاکلهٔ فردی و اجتماعی او در آینده مؤثر باشد.

بنابراین، مصلحت فقط از جنبهٔ حفظ منفعت نیست و حتی در تزاحم بین حفظ مصلحت معنوی و حفظ منفعت مالی، دوراندیشی در امور معنوی برای طفل ارجح است. این مسئله به‌قدری از اهمیت برخوردار است که فقها حتی در بحث تصرف در اموال طفل نیز آن را مد نظر داشته‌اند؛ برای مثال، بیع مشاع برخی اموال کودک به‌وسیلهٔ ولی در صورت وجود منفعت مالی اجازه داده شده است، اما این درصورتی است که اگر در یک طرف معاملهٔ مشاع فردی فاسق و فاسد باشد که معامله با او سود مالی بسیاری برای طفل به‌همراه داشته باشد و در طرف دیگر معامله، شخصی صالح است با منافع مالی کمتر، شراکت اموال طفل با شخص صالح ترجیح دارد و موجب حفظ مصالح طفل از جمیع جهات است (موسوی خمینی،۱۴۲۱ق، ج۲، ۷۱۰)، چون بر اساس «الا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ»، مصلحت طفل فقط مصلحت مالی نیست، بلکه حفظ مصلحت از جمیع جهات است. در این مثال به‌خوبی

می‌توان به این معیار در اشتغال اطفال پی برد که در انتخاب شغلی که بـرای طفـل مناسـب باشد، نه‌تنها باید به حلال بودن حرفه و دستمزد حـلال از آن توجـه کـرد، بلکـه شخصـیت کارفرما و شرایط شغلی نیز مؤثر است و می‌تواند بر تربیت طفل در آینده تأثیرگذار باشد.

۲,۵. مصلحت جسمانی

یکی از مهم‌ترین مصالح در اشتغال اطفال، مصلحت جسمانی طفـل و بـه‌کارگیری او در مواردی است که از نظر جسمی به طفل آسیبی وارد نسازد؛ چراکه مسلم است اگر اشتغال از لحاظ جسمانی مناسب طفل نباشد، از نظر شرعی بر طبق مصـلحت طفـل و عمـوم قاعـدهٔ لاضرر مُجاز نخواهد بود. افزون بر این، مسئله‌ای که اهمیت ایـن موضـوع را هرچـه بیشـتر نمایان می‌سازد، تفاوت قابل‌توجـه طفـل در دوره‌هـای سـنی مختلـف از لحـاظ جسـمانی و همین‌طور توجه به بحث جنسیت در این موضوع است؛ زیرا توانایی اطفال در سنین مختلـف متفاوت بوده و نیز تفاوت‌های جنسیتی در این زمینه برای حفظ سـلامت طفـل قابـل توجـه است.

۳,۵. مصلحت مالی

مصلحت طفل در نگاه اول اشتغال مجانی را نمی‌پذیرد، ازاین‌رو بر اساس مبـانی فقهـی موجود همچون قاعدهٔ احترام، عمل طفل نیز محتـرم اسـت و اگـر عرفـاً بـه کـار او اجرتـی اختصاص یابد، جزء اموال طفل محسوب می‌شود. به‌علاوه درآمدِ حاصل از شغلِ طفل نبایـد از اجرت‌المثل کار او کمتر باشد؛ مگر درصورتی که مصلحت بالاتری اجرت کمتـر را ایجـاب کند.

افزون بر این، مصلحت طفل در اشتغال او تا جایی مهم قلمداد شده است که اگر شـغلی به مصلحت طفل باشد، ولیّ او می‌تواند طبق قراردادی مدت شغل را تا بعد از بلوغ طفل قرار دهد که در این خصوص برخی فقها برای طفل بعد از بلـوغْ حـق فسـخ قائـل شـده (حلـی، ۱۳۸۷ق، ج۲، ۲۴۶؛ عاملی، ۱۴۱۴ق، ج۷، ۹۹؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج۱۹، ۳۱۱)، برخی نیز آن را غیرقابل فسـخ می‌داننـد. (طباطبـایی یـزدی، ۱۴۰۹ق، ج۵، ۳۱ و نیـز ج۲، ۵۸۵؛ طباطبـایی یــزدی، ۱۴۲۲ق، ۸۲۱؛ طباطبــایی، بی‌تــا، ج۲، ۴۷۷؛ اصــفهانی، ۱۴۲۲ق، ۴۰۰). برخــی

قراردادهایی که در ورزش‌های حرفه‌ای و از طرف ولیّ طفل منعقد می‌شود در همین راستا قابل ارزیابی است.

۶. معیار مصلحت در اشتغال اطفال

با توجه به اثبات نظر برتر، یعنی لزوم وجود مصلحت در اقدامات ولی یا قیم در اشتغال اطفال، باید دید معیار مصلحت در این باره چیست؟ در ادامه به بیان این مطلب می‌پردازیم.

۱،۶. سلبی یا ایجابی بودن مصلحت

اختلاف در معیارهای سلبی و ایجابی در مورد رعایت مصلحت صغار ریشه در اختلاف نظر فقهای امامیه بر مبنای ادلهٔ ارائه‌شده دارد که در این میان سه دیدگاه کلی وجود دارد: در دیدگاه اول، برخی از فقها معتقدند که در مورد اطفالْ رعایت «مصلحت ایجابی» لازم است (سبحانی، ۱۳۸۸، ج۱، ۳۸۶). شهید اول در مورد مراعات مصلحت مُولّی‌علیه می‌گوید، احتمال الزام به مراعات مصلحت مُولّی‌علیه بیشتر است؛ به دلیل آنکه ولیّ برای حفظ مصلحت مُولّی‌علیه منصوب شده و آنچه این مصلحت را رقم می‌زند، امور وجودی است نه امور عدمی؛ بنابراین، در مثلِ بیع اموال طفل، در صورتی صحیح است که ملازم با مصلحت باشد وگرنه صحیح نیست و در صورت تردید نیز اصل بر باقی ماندن املاک طفل بر حالت پیشین خود است (عاملی، بی‌تا، ج۵، ۷۲؛ نراقی، ۱۴۲۲ق، ج۱، ۳۳۷؛ بهجت، ۱۴۲۸ق، ج۳، ۲۴۶).

در دیدگاه دوم، فقها صرف رعایت «مصلحت سلبی» یعنی «عدم مفسده» در تصرفات را کافی دانسته، آن را اقوا می‌دانند (روحانی قمی، ۱۴۲۹ق، ج۴، ۲۶۳؛ تبریزی، بی‌تا، ج۱، ۲۸۸) و عمل به مصلحت را بهتر دیده، اما لازم نمی‌دانند (موسوی خمینی، ۱۴۲۶ق، ۴۲۸؛ موحدی لنکرانی، ۱۴۲۲ق، ۳۱۷؛ موسوی خمینی، ۱۴۰۴ق، ۱۴۲) و اگر هم لازم بدانند، صرفاً از باب توصیه به احتیاط است.

در دیدگاه سوم، برخی بین تصرفاتِ ولی و اشخاص دیگر مثل وصی و قیم، تفصیل قائل شده‌اند. آنان بر این باورند که در تصرفاتِ ولی، وجود مصلحت شرط نیست. اما در تصرفات سایر سرپرستان طفل همچون وصی و حاکم، وجود مصلحت نیاز است (موسوی خمینی،

۱۴۲۶ق، ۱۲۰؛ موحدی لنکرانی، ۱۴۲۲ق، ۳۱۷؛ موسوی خمینی،۱۴۰۴ق، ۱۴۲؛ موحدی لنکرانی، بی‌تا، ج۱، ۵۸۲؛ عاملی، بی‌تا، ج۳، ۲۱۶).

اما چنین به‌نظر می‌آید که همان‌طور که گفته شد حکمت ولایت بر اطفال رعایت مصلحت آنان است و این امر با رعایت مصلحت ایجابی تأمین می‌شود.

در این میان، پرسش دیگری در مورد عمل به مصلحت ایجابی در صورت وجود اصلح پیش می‌آید که آیا در صورت وجود گزینهٔ اصلح، عمل به آن واجب است؟

دو وجه در این صورت وجود دارد، در صورت مثبت بودن پاسخ و الزام عمل به اصلح، به روایات دیدگاه دوم اشاره‌کرده‌اند و منفی بودن پاسخ نیز به این دلیل است که مصالح گاهی متنوع بوده، برای عمل به آن نمی‌توان به‌راحتی اصلح را تشخیص داد. اما اگر در موردی اصلح تشخیص داده شود، عدول از آن جایز نیست (عاملی، بی‌تا، ج۱، ۳۵۲).

۲،۶. شخصی یا نوعی بودن معیار تشخیص مصلحت

در اینجا پرسش مطرح‌شده این است که در اجرای مصلحت، بر اساس چه معیاری عمل می‌شود؟ دو معیار نوعی و شخصی در این باره قابل طرح است:

- در معیار شخصی، برای سنجش و ارزیابی یک مقوله، تمام توجه به همان فردی معطوف است که در معرض قضاوت و داوری قرار دارد و از هرگونه شبیه‌سازی و توسل به مراد از معیار و فرض‌گرایی اجتناب می‌شود. مبنای تمام داوری‌ها، خصایص و ویژگی‌های فرد اعم از مثبت و منفی است. در مورد یک طفل در مبحث اشتغال ممکن است به توانایی‌های جسمی، استعداد، علایق و... توجه شود.
- در معیار نوعی، برای ارزیابی رفتار افراد بدون توجه به خصایص و ویژگی‌های فردی کسانی که در صدد سنجش و ارزیابی رفتار آن‌ها هستند، یک مدل رفتاری یکپارچه و یکسان برای همگان ایجاد نموده، رفتارهای افراد مختلف را بر اساس آن مدل می‌سنجند؛ پس عدم توجه به ویژگی‌های فردی و شخصی افراد، جوهرهٔ معیار نوعی است (متنی‌نژاد، ۱۳۸۶، ۱۰۸).

زمانی که صحبت از مصلحت طفل به‌میان می‌آید، به‌نظر می‌رسد که مصلحت طفل امری کاملاً شخصی است و باید با توجه به معیارهای شخصی در اطفال انتخاب شود و در طفلی به طفل دیگر متفاوت است. همین‌طور با توجه به اینکه ولیّ طفل اعمال‌کننده و تشخیص‌دهندهٔ مصالح است به‌خوبی می‌تواند با توجه به شرایط طفل تصمیم بگیرد.

اما باید گفت، برخی از معیارها به دلیل خصوصیات مشترکی که در اطفال وجود دارد، می‌تواند به‌عنوان معیاری نوعی قرار گیرد و این معیارها به قانون تبدیل شوند؛ چراکه تصمیم‌گیری صرف بر اساس معیارهای شخصی بسیار هزینه‌بر و زمان‌بر است و افزون بر این، فرصت حمایت از طفل از طریق وضع قوانین بیشتر ازدست خواهد رفت.

نتیجه

- در مقام تأسیس اصل می‌توان گفت، اصولاً و به دلیل اینکه کودکان همواره طرفِ ضعیف روابط اجتماعی محسوب می‌شوند و در معرض استثمار کارفرمایان و حتی سرپرست خود قرار دارند که پدیدهٔ «کودکان کار» گواهی بر این مدعاست، اصل بر ممنوعیت اشتغال اطفال است و جنبه‌های تربیتی مرتبط نیز در فرض تجویز باید در قدر متیقن و در حداقل خود ممکن باشد.
- درعین‌حال به دلیل آثار تربیتی متعددی که بر اشتغال کودک مترتب است، به‌عنوان یک امر استثنایی و در چارچوب ضوابط مشخص و محدودکننده و صرفاً در راستای کمک به رشد و تعالی کودک و کسب آمادگی شغلی برای آینده می‌توان اشتغال اطفال را مُجاز تلقی کرد.
- تجویز اشتغال اطفال امری مصلحت‌پایه است. بر این اساس می‌توان گفت رعایت مصلحت طفل مهم‌ترین شرط فقهی برای اشتغال طفل به صورت استثنایی است، زیرا همان‌طور که بیان شد، اولاً مصلحت دارای ابعاد مختلفی ازجمله مالی و جسمی و روحی است و می‌توان در تمام جوانب رعایت حال طفل و مصالح آن را درنظر داشت و همین‌طور با تبیین مصادیق عینی و رجوع به مصلحت نوعیِ اطفال، این مهم را به‌خوبی در قالب مواد قانونی مشخص بیان کرد که به حمایت بیشتر اطفال بینجامد. افزون بر آن، الزامِ ولی و قیم به رعایت مصلحت شخصیِ طفل می‌تواند مصالح وی را

با توجه به ویژگی‌های شخصی او محقق سازد. بنابراین، باید با رعایت ظرافت‌های کار اطفال و رعایت خصوصیات طفل، او را در جریانی سالم از جامعه‌پذیری قرار داد. در آنجا این امر نباید مفسده و ضرری برای طفل به‌دنبال داشته باشد، بلکه باید مصلحت و نفع روشن و قاطعی برای این امر وجود داشته باشد.

- گسترهٔ مصلحت می‌تواند تمام جنبه‌های جلب منفعت و دفع مفسده در مورد اشتغال طفل را دربر گیرد و الزاماً یک معیار سلبی (دفع مفسده) نخواهد بود، بلکه اگر جنبهٔ ایجابی نداشته باشد، مصلحت طفل رعایت نشده است.
- در صورت بروز تردید در نحوهٔ اعمال مصلحت از سوی سرپرستان و در مقام تشخیص تعدی یا تفریط آن‌ها، به‌نظر می‌رسد ملاک شخصی و رعایت مصالح طفل بر معیار نوعی مقدم است. هرچند درصورتی که نتوان از معیار شخصی نتیجه گرفت، می‌توان از داوری نوعی برای برون‌رفت از مشکل اثباتی سود جست. به‌علاوه، کاربست ملاک‌های نوعی به‌نحو منسجم مطابق با معیارهای فقهی، در مقررات ضروری به‌نظر می‌رسد.

منابع و مآخذ

۱. قرآن کریم

۲. ارژنگ، اردوان و کلانتری خلیلی، عباس (۱۳۹۷)، «تبیین مصلحت به‌مثابهٔ سنجه و شاخص ولایت قهری»، ***مجلهٔ پژوهش‌های فقهی***، دورهٔ چهاردهم، شمارهٔ ۲.

۳. ابن بابویه، محمدبن علی (۱۳۹۱)، ***علل الشرایع و الاحکام***، قم: اندیشهٔ هادی.

۴. ابن منظور، ابوالفضل و جمال‌الدین، محمدبن مکرم، ***لسان العرب***، چاپ سوم، بیروت: دار الفکر للطباعهٔ و النشر و التوزیع – دار صادر.

۵. اصفهانی، سید ابوالحسن (۱۴۲۲ق)، ***وسیله النجاه (مع حواشی الإمام الخمینی)***، قم: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

۶. اصفهانی، محمدباقر بن محمدتقی (مجلسی دوم)، (۱۴۰۴ق)، ***مرآه العقول فی شرح أخبار آل الرسول***، چاپ دوم، تهران: دار الکتب الإسلامیه.

۷. انصاری شیرازی، قدرت‌الله و پژوهشگران مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام (۱۴۲۹ق)، ***موسوعه أحکام الأطفال و أدلتها***، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام.

۸. انصاری، قدرت‌الله (بی‌تا)، ***احکام و حقوق کودکان در اسلام***، قم: مرکز فقهی ائمهٔ اطهار.

۹. انصاری، مرتضی‌بن محمدامین (۱۴۱۵ق)، ***کتاب المکاسب (ط-الحدیثه)***، قم: کنگرهٔ جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

۱۰. ایزدهی، سجاد (۱۳۹۳)، ***مصلحت در فقه سیاسی شیعه***، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشهٔ اسلامی.

۱۱. بهجت گیلانی فومنی، محمدتقی (۱۴۲۸ق)، ***استفتاءات***، قم: دفتر حضرت آیه‌الله بهجت.

۱۲. پورعبدالله، کبری (بهار ۱۳۹۵)، ***قاعدهٔ مصلحت در مقررات خانواده***، چاپ اول، تهران: دادگستر.

۱۳. تبریزی، جوادبن علی (بی‌تا)، ***استفتاءات جدید***، قم: نشر سرور.

۱۴. ترحینی عاملی، سید محمدحسین (۱۴۲۷ق)، ***الزبدهٔ الفقهیهٔ فی شرح الروضهٔ البهیهٔ***، قم: دار الفقه للطباعهٔ و النشر

۱۵. جاور، حسین؛ حیدری، علیمراد؛ اصولی یامچی، محدثه (۱۳۹۴)، «بررسی فقهی بند ۶ مادهٔ ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی»، ***پژوهش‌های فقهی***، دورهٔ یازدهم، شمارهٔ ۴.

۱۶. حسینی روحانی قمّی، سید محمدصادق (۱۴۲۹ق)، ***منهاج الفقاهه***، چاپ پنجم، قم: انوار الهدی.

۱۷. حرّ عاملی، محمدبن حسن، (۱۴۰۹ق)، ***وسائل الشیعه***، چاپ اول، قم: مؤسسهٔ آل البیت علیهم‌السلام.

۱۸. حکیم، محمدتقی (بی‌تا)، ***فقه المقارن***، قم: مجمع جهانی اهل بیت (علیهم السلام).

۱۹. حلّی، ابن ادریس، محمدبن منصوربن احمد (۱۴۱۰ق)، ***السرائر***، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیه.

۲۰. حلّی، محمدبن حسن‌بن یوسف (فخرالمحققین)، (۱۳۸۷ق)، ***إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد***، قم: مؤسسهٔ اسماعیلیان.

۲۱. خوئی، سید ابوالقاسم و موسوی خلخالی، سید محمدرضا (بی‌تا)، ***المعتمد فی شرح العروه***، انتشارات لطفی.

۲۲. سبحانی، جعفر (۱۳۸۸)، ***توضیح المسائل***، مشهد: نشر هاتف.

۲۳. سبزواری، سید عبدالأعلی (۱۴۱۳ق)، ***مهذّب الأحکام***، چاپ چهارم، قم: مؤسسهٔ المنار.

۲۴. سبزواری، سید عبدالأعلی (۱۳۱۳)، ***مهذّب الأحکام***، قم: مؤسسهٔ المنار.

۲۵. سعدی، ابوجیب (۱۴۰۸ق)، ***القاموس الفقهی لغه و اصطلاحاً***، چاپ دوم، دمشق: دار الفکر.

۲۶. شریف مرتضی، علی‌بن حسین موسوی (۱۴۰۵ق)، ***رسائل الشریف المرتضی***، چاپ اول، قم: دار القرآن الکریم.

کل صدوق قمّی، محمّدبن علی‌بن بابویه (۱۴۰۹ق)، ***من لا یحضره الفقیه***، مترجم: علی‌اکبر غفاری، تهران: نشر صدوق.

۲۸. طباطبایی، سید محمّدحسین (علامه) (بی‌تا)، ***تفسیر المیزان***، مترجم: سید محمدباقر موسوی همدانی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۲۹. طباطبایی حکیم سید محسن (۱۴۱۶ق)، ***مستمسک العروة الوثقی***، قم: مؤسسهٔ دار التفسیر.

۳۰. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۰۹ق)، ***العروه الوثقی***، چاپ دوم، بیروت: مؤسسهٔ الأعلمی للمطبوعات.

۳۱. طباطبایی قمّی، سید تقی (۱۴۰۰ق)، ***دراساتنا من الفقه الجعفری***، قم: مطبعه الخیام.

۳۲. طوسی، ابوجعفر، محمدبن حسن (۱۳۸۷ق)، ***المبسوط فی فقه الإمامیه***، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه.

۳۳. عاملی، سید جوادبن محمد حسینی (۱۴۱۹ق)، ***مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلاّمه (ط- الحدیث)***، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیه.

۳۴. عاملی، سید جوادبن محمد حسینی (بی‌تا)، ***مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلاّمه (ط - القدیمه)***، بیروت: احیاء التراث العربی.

۳۵. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، (بی‌تا)، ***القواعد و الفوائد***، قم، کتابفروشی مفید

۳۶. عاملی، محمدبن مکی (شهید اول)، (۱۴۱۴ق)، ***غایه المراد فی شرح نکت الإرشاد***، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیهٔ قم.

۳۷. عاملی، یاسین عیسی (۱۴۱۳ق)، ***الاصطلاحات الفقهیهٔ فی الرسائل العملیهٔ***، بیروت: دار البلاغهٔ للطباعهٔ و النشر و التوزیع.

۳۸. فیض کاشانی، محمدمحسن ابن شاه مرتضی (۱۴۰۶ق)، ***الوافی***، اصفهان: مکتبه الامام امیرالمؤمنین علی علیه‌السلام العامه.

۳۹. کلینی، ابوجعفر، محمدبن یعقوب (بی‌تا)، ***فروع کافی***، مترجم: محمدحسین رحیمیان، قم: نشر قدس.

۴۰. کلینی، ابوجعفر، محمدبن یعقوب (۱۴۲۹ق)، ***الکافی (ط - دار الحدیث)***، قم: دارالحدیث للطباعه و النشر.

۴۱. متنی‌نژاد، صادق (۱۳۸۶)، «معیارهای سنجش بی‌مبالاتی؛ معیار شخصی یا نوعی»، ***فصلنامهٔ حقوق پزشکی***، سال اول، شمارهٔ ۲.

۴۲. محمود عبدالرحمان (بی‌تا)، ***معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیهٔ***، قاهره: دارالفضیله.

۴۳. مقدادی، محمدمهدی (۱۳۹۰)، «جایگاه و تأثیر مصلحت در سرپرستی کودکان از دیدگاه فقه و حقوق»، ***فصلنامهٔ مطالعات راهبردی زنان***، سال چهاردهم، شمارهٔ ۵۴۰.

۴۴. مقدادی، محمدمهدی (۱۳۸۲)، «***قلمرو ولایت قهری در امور صغار***»، ***مجلهٔ فقه و حقوق خانواده***، شمارهٔ ۳۱.

۴۵. موحدی لنکرانی، محمدفاضل (۱۴۲۲ق)، ***الأحکام الواضحه***، چاپ چهارم، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام.

۴۶. موحدی لنکرانی، محمدفاضل (بی‌تا)، ***جامع المسائل***، چاپ یازدهم، قم: انتشارات امیر قلم.

۴۷. موسوی خمینی، سید روح‌اللّه (۱۴۲۱ق)، ***کتاب البیع***، تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

۴۸. موسوی خمینی، سید روح‌اللّه (۱۴۰۴ق)، ***زبده الأحکام***، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.

۴۹. موسوی خمینی، سید روح‌اللّه (۱۴۲۶ق)، ***توضیح المسائل***، تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

۵۰. نجفی (صاحب الجواهر)، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، ***جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام***، بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

۵۱. نراقی، مولی احمدبن محمدمهدی (۱۴۲۲ق)، ***رسائل و مسائل***، قم: کنگرهٔ نراقیین ملا مهدی و ملا احمد.

۵۲. یزدی، سید محمدکاظم طباطبایی (بی‌تا)، ***العروه الوثقی مع تعلیقات الفاضل***، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام.

۵۳. یزدی، سید محمدکاظم طباطبایی (۱۴۲۲ق)، ***العروه الوثقی مع تعالیق الإمام الخمینی***، تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

نشریه علمی مطالعات حقوقی معاصر، سال دهم، شماره نوزدهم، پاییز و زمستان ۹۸، صفحات۱۰۳-۱۳۰

تاریخ دریافت: ۹۸/۰۳/۱۱ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۹/۰۴/۲۵

بررسی عوامل و حکم تبدیل وضعیت موقوفه و ادارهٔ آن در فقه و حقوق موضوعهٔ ایران

محمدمهدی مقدادی[۱]
زهره فهیمی[۲]

چکیده

وقف از مختصات نظام حقوقی و اقتصادی اسلام و دارای ویژگی‌ها و احکام مهمی است. مال موقوفه مانند دیگر اموال ممکن است در گذر زمان یا به‌دلیل تغییرات در شکل زندگی انسان‌ها، قابل انتفاع و بهره‌وری نباشد و یا اینکه در آستانهٔ خراب شدن و ازبین رفتن قرار گیرد که در مورد آن باید چاره‌اندیشی گردد. تبدیل موقوفات در چنین شرایطی یکی از شیوه‌های مؤثر است که مقالهٔ حاضر آن را مورد بحث و بررسی قرار داده است. از دیدگاه فقها و مواد قانون مدنی می‌توان دریافت اصل مسلم در وقف، عدم جواز تبدیل آن است؛ مگر در موارد استثنایی که قانون مدنی به پیروی از فقه آن‌ها را بیان نموده است. روایات، عقل و قاعدهٔ فقهی «الوقوفُ عَلَی حَسَبِ ما یُوقِفُها اَهلُها» از مهم‌ترین مبانی برای تغییر و تبدیل موقوفات بوده، ادلهٔ حکم تبدیل موقوفات به ادلهٔ اولیه و ثانویه منحصر است؛ کم شدن فایدهٔ مال موقوفه، مجهول‌المصرف شدن، متعذرالمصرف شدن، ازبین رفتن جهت وقف، و زیادی منافع موقوفه، از مصادیق ادلهٔ اولیه است، اما ادلهٔ ثانویه به علت مقتضیات زمان و مصالح جامعه مطرح می‌شود که بیشتر این نوع تبدیل به‌دلیل اجرای طرح‌های عمومی صورت می‌گیرد. مالکیت بر منافع موقوفات در طرح‌های عمومی، عدم فروش و تغییر و تبدیل و شخصیت حقوقی بودن مال موقوفات، از چالش‌های موقوفات در طرح‌های عمومی است.

واژگان کلیدی: ابدال، استبدال، تبدیل، متعذرالمصرف شدن، وقف.

---

۱. دانشیار دانشگاه شیخ مفید، قم- ایران (نویسنده مسئول) mmeghdadim@gmail.com
۲. دانش‌آموختهٔ کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شیخ مفید، قم- ایران z.fahimi44@gmail.com

مقدمه

وقف سنتی پسندیده و اسلامی و به فرمودۀ مقام معظم رهبری، یکی از کارسازترین و سالم‌ترین شیوه‌هایی است که تمکن مالی را به‌صورت احسانی ماندگار در خدمت نیازهای جامعه قرار می‌دهد (پیام رهبر معظم انقلاب به گردهمایی وقف، ۱۸ اردیبهشت ۱۳۸۱)[۱]؛ یکی از نهادهای حقوقی که در نوشته‌های حقوق‌دانان برجسته (امامی، ۱۳۷۵، ۷۴، کاتوزیان، ۱۳۶۹، ج۳، ۱۸۳، جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ۲۱۰) نیز بارها بر آن تأکید شده، نهاد حقوقی وقف است. همان‌طور که در مادۀ ۵۵ قانون مدنی تعریف شده، وقف عبارت است از اینکه عین مال حبس و منابع آن تسبیل شود. مطابق مواد قانون مدنی و آرای فقها در صورتی‌که واقف کسی را برای این مسئولیت تعیین کرده باشد و فرد تعیین‌شده نیز آن را بپذیرد، با عنوان «متولی منصوص» تولیت وقف را در محدوده‌ای که واقف تعیین کرده و مطابق قانون است، برعهده خواهد گرفت. همچنین در اوقاف عامه که متولی معینی ندارد، مدیریت وقف بنابه تصریح مادۀ ۸۱ اصلاحی قانون مدنی، مادۀ ۱ قانون اوقاف و نیز آرای فقها، با ولی فقیه خواهد بود.

نگهداری از وقف به‌گونه‌ای که انتفاع از آن در طول زمان حفظ گردد، از اهم وظایف شرعی متولی (مدیر موقوفه) است، اما این‌گونه حفظ به دلایل گوناگون از جمله قابل استفاده نبودن موقوفه در صورت بقا به‌علت خرابی، کم‌فایده شدن مال موقوفه، مجهول‌المصرف شدن مال موقوفه، و متعذرالمصرف شدن، میسر نبوده، از این‌رو، تبدیل و تغییر موقوفات تنها راه‌حلی است که با توسل به آن می‌توان انتفاع از موقوفه را در طول زمان حفظ کرد.

در کشور اسلامی ایران موقوفه‌های فراوانی وجود دارد که در ترویج شعائر اسلامی، ایجاد و گسترش نهادهای مذهبی، مؤسسات فرهنگی و علمی، و تأسیس اماکنی مانند مساجد، مدارس و بیمارستان‌ها نقشی اساسی داشته است. با این‌همه، در مواردی عمل به تمام یا بخشی از نیات واقفان به‌دلیل ازبین رفتن موضوع مصرف درآمد موقوفه، دشوار یا ناممکن شده است، در حالی‌که می‌توان با بهره‌گیری از احکام فقهی- حقوقی وقف،

---

۱. متن این پیام از سوی رئیس دفتر مقام معظم رهبری، حجت‌الاسلام و المسلمین محمدی گلپایگانی، قرائت گردید.

به‌صورت مطلوب‌تر از موقوفات بهره برد. قانون مدنی هم تبدیل مال موقوفه را فی حد ذاته جایز نمی‌داند، اما در شرایط غیرعادی برای حفظ منافع موقوف‌علیهم در مواردی از قبیل خرابی موقوفه، ترس از خرابی آن، متعذرالمنفعه شدن، مجهول‌المصرف شدن، بیم سفک دماء ناشی از اختلاف موقوف‌علیهم و غیره، فروش را با کسب موافقت کتبی سازمان اوقاف مجاز دانسته است.

در ایران مواد ۸۸ تا ۹۰ و ۳۴۹ قانون مدنی و مادهٔ ۸ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب سال ۱۳۶۳ش و مواد ۴۳، ۴۴ و ۴۵ آئین‌نامهٔ اجرایی قانون یادشده مصوب ۱۰ اردیبهشت ۱۳۶۵ به این مهم اختصاص یافته است. در مجموعهٔ قوانین و مقررات اوقاف (نظریهٔ مشورتی ۷/۹۸۲۲– ۲۶ آذر ۱۳۷۹) آمده است: «فروش مال وقف، اعم از وقف عام یا خاص به استثنای موارد مذکور در مادتین ۸۸ و ۸۹ قانون مدنی باطل است و ادارهٔ اوقاف به‌لحاظ وظایفی که در حفظ موقوفات دارد می‌تواند ابطال آن را بخواهد». این دستور قانونی در شرایط عادی است ولی خود، فروش وقف را وفق دو مادهٔ ۸۸ و ۸۹ مجاز نموده است. نگارندگان مقالهٔ حاضر در صدد تبیین بررسی عوامل و حکم تبدیل وضعیت مرتبط با شرایط موقوفه و ادارهٔ آن در فقه و حقوق موضوعهٔ ایران هستند که برای رسیدن به این هدف ابتدا ادلهٔ آن را که عبارت‌اند از خرابی موقوفه به‌گونه‌ای که با بقا قابل استفاده نباشد، کم‌فایده شدن مال موقوفه، مجهول‌المصرف شدن، متعذرالمصرف شدن، از بین رفتن جهت وقف، و زیادی منافع موقوفه، بررسی کرده، سپس به تبیین عناوین ثانویه و مقتضیات زمان می‌پردازند.

۱. مفهوم تبدیل، ابدال و استبدال وقف

تبدیل در لغت به معنای تغییر دادن (فراهیدی، ۱۴۰۸ق، ج۱۲، ۴۵)، دگرگون کردن (ابن منظور، ۱۹۹۷م، ج ۲، ۶۰۲؛ زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ۷۱۲) و بدل کردن (دهخدا، ۱۳۸۸، ج ۱، ۸۲۴) آمده است. با توجه به معانی لغوی در خصوص معنای اصطلاحی تبدیل وقف می‌توان گفت که با توجه به شرایط تحقق وقف، هنگامی که مالی به‌صورت موقوفه درمی‌آید، اداره کردن آن مال هم به‌صورت موقوفه بوده و اداره کردن آن طبق ضوابط بیان‌شده از سوی شارع و شرایط واقف در محدودهٔ شرع، مربوط به حالات عادی است. اما با توجه به گذشت

زمان و قرار گرفتن موقوفه، موقوف‌علیهم و غیره در شرایط خاص، اداره کردن موقوفه نیز بر اساس شرایط خاص خواهد بود و ممکن است بتوان گفت باید شرایط و ضوابط عادی را کنار نهاد تا طبق شرایط و ضوابط جدید به ادارهٔ موقوفه پرداخته شود. در برخی موارد از سوی واقف کنار نهادن شرایط عادی به‌وسیلهٔ شروط ضمن وقف پیش‌بینی شده و در بعضی موارد هم شارع مقدس موارد خاص را بیان کرده است. در این تحقیق، ما بنابر صورت‌هایی که مطرح می‌شود، کنار نهادن شرایط عادی و اداره کردن موقوفه مطابق شرایط جدید را «تبدیل وضعیت موقوفات» می‌نامیم.

دو صورت دیگر تبدیل وضعیت، «ابدال و استبدال» (طباطبایی یزدی، بی‌تا، ج ۱، ۱۹۶؛ موسوی خمینی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ۸۰؛ مصری، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ۳۴۵) عین موقوفه است. این دو واژه به دو نوع تصرف در مال موقوفه اشاره دارد.

ابدال و استبدال هم در لغت به معنای عوض گرفتن (فراهیدی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ۶۴۳؛ زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ۶۹۹) و قرار دادن چیزی به جای چیز دیگر (راغب اصفهانی، ۱۳۷۶، ج۱، ۱۱۱) آمده است. در اصطلاح، ابدال (مصدر باب اِفعال) در کاربرد فقها به معنای «فروختن عین موقوفه به سبب خریداری عین دیگری به جای عین اول با پول آن» است (عتیقی، ۱۴۳۲ق، ۱۴؛ کبیسی، ۱۳۹۳، ۲۳۲) و استبدال (مصدر باب استفعال) به معنای «گرفتن عین دوم به جای عین اول» و به تعبیر دیگر «عوض کردن عین اول با عین دوم» است (کبیسی، ۱۳۹۳، ۲۳۳). لذا این دو عبارت درحقیقت یکی مستلزم دیگری است؛ «یعنی هنگامی که توجه به بیع عین موقوفه داشته باشیم، ابدال و هنگامی که توجه به گرفتن بدل داشته باشیم، استبدال موقوفه است.

فقهای امامیه تصریح کرده‌اند در هنگام ابدال و استبدال وقف، برای جلوگیری از تضییع حق واقف و نسل‌های بعدی، در صورت امکان به‌گونه‌ای ابدال و استبدال صورت گیرد که به صفت موقوفهٔ اول نزدیک‌تر باشد (جبعی عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ۴۰۰) و بعضی نزدیک بودن به غرض و هدف واقف را ذکر کرده‌اند (کرکی، ۱۴۰۸ق، ج ۹، ۷۱؛ حسینی عاملی، بی‌تا، ج۱۸، ۱۴۳) و از فقهای معاصر، امام خمینی قائل به تفصیل شده‌اند که در وقف منفعت، مماثله لازم نیست، چون هدفْ منفعت موقوف‌علیهم است، ولی در وقف انتفاع، مماثله لازم است (موسوی خمینی، ۱۳۸۷، ج ۳، ۱۴۷).

۲. بررسی ادلهٔ جواز تبدیل وضعیت موقوفات

طبق مبانی فقهی، اصل اولی در مورد موقوفات، عدم تبدیل وضعیت است، اما در مقابل این ادله، ادلهٔ دیگری داریم که در شرایط و موارد خاص، تبدیل وضعیت موقوفه را اجازه می‌دهد و فقها مطابق آن‌ها فتوا به جواز داده‌اند؛ اگرچه فقهایی همچون ابن ادریس (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ۱۵۳) قائل به حرمت فروش موقوفات هستند. در این قسمت به اختصار این ادله را بررسی می‌کنیم.

۱,۲. روایات

الف) روایت از صحیحهٔ علی‌بن مهزیار. «وی می‌گوید به امام جواد نوشتم شخصی می‌گوید بین موقوف‌علیهم اختلاف شدیدی صورت گرفته است و احتمالاً به تفاهم نمی‌رسند. اگر صلاح می‌دانید، موقوفه فروخته شود و هریک از آن‌ها سهم خود را بردارد. امام علی با دستخط مبارک خودشان مرقوم داشتند:

اگر بین موقوف‌علیهم اختلاف بالا گرفته است، فروختن جایز می‌باشد؛ چون ممکن است اختلاف موجب تلف شدن جان و مال آنان شود».[1]

در این روایت حفظ جان و مال مردم از حرمت بیع موقوفه مهم‌تر بیان شده و طبق قاعدهٔ تقدیم اهم بر مهم، فروش موقوفات جایز شمرده شده است (معروف الحسنی، ۱۳۸۰، ۲۲۸)، تا از گسترش دامنهٔ اختلاف جلوگیری شود.

ب) روایت جعفر بن حنان. وی از امام صادق پرسید: در صورتی که ورثهٔ واقف نیازمند باشند یا محصول زمین موقوفه کافی نباشد، آیا می‌توانند آن را بفروشند؟ امام فرمود:

---

۱. «عَنْ عَلِیِّ بْنِ مَهْزِیَارَ قَالَ: کَتَبْتُ إِلَی أَبِی جَعْفَرٍ ع أَنَّ فُلَاناً ابْتَاعَ ضَیْعَةً فَوَقَفَهَا وَ جَعَلَ لَکَ فِی الْوَقْفِ الْخُمُسَ وَ یَسْأَلُ عَنْ رَأْیِکَ فِی بَیْعِ حِصَّتِکَ مِنَ الْأَرْضِ أَوْ یُقَوِّمُهَا عَلَی نَفْسِهِ بِمَا اشْتَرَاهَا بِهِ أَوْ یَدَعُهَا مَوْقُوفَةً فَکَتَبَ ع إِلَیَّ أَعْلِمْ فُلَاناً أَنِّی آمُرُهُ بِبَیْعِ حَقِّی مِنَ الضَّیْعَةِ وَ إِیصَالِ ثَمَنِ ذَلِکَ إِلَیَّ وَ إِنَّ ذَلِکَ رَأْیِی إِنْ شَاءَ اللَّهُ أَوْ یُقَوِّمُهَا عَلَی نَفْسِهِ إِنْ کَانَ ذَلِکَ أَوْفَقَ لَهُ وَ کَتَبْتُ إِلَیْهِ أَنَّ الرَّجُلَ ذَکَرَ أَنَّ بَیْنَ مَنْ وَقَفَ بَقِیَّةَ هَذِهِ الضَّیْعَةِ عَلَیْهِمُ اخْتِلَافاً شَدِیداً وَ أَنَّهُ لَیْسَ یَأْمَنُ أَنْ یَتَفَاقَمَ ذَلِکَ بَیْنَهُمْ بَعْدَهُ فَإِنْ کَانَ تَرَی أَنْ یَبِیعَ هَذَا الْوَقْفَ وَ یَدْفَعَ إِلَی کُلِّ إِنْسَانٍ مِنْهُمْ مَا کَانَ وُقِفَ لَهُ مِنْ ذَلِکَ أَمَرْتَهُ فَکَتَبَ بِخَطِّهِ إِلَیَّ وَ أَعْلِمْهُ أَنَّ رَأْیِی لَهُ إِنْ کَانَ قَدْ عَلِمَ الِاخْتِلَافَ مَا بَیْنَ أَصْحَابِ الْوَقْفِ أَنْ یَبِیعَ الْوَقْفَ أَمْثَلُ فَإِنَّهُ رُبَّمَا جَاءَ فِی الِاخْتِلَافِ مَا فِیهِ تَلَفُ الْأَمْوَالِ وَ النُّفُوسِ» (طوسی، ۱۳۶۲، ج ۴، ۹۸؛ طوسی، ۱۳۶۵، ج ۹، ۱۳۱؛ حر عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۹، ۱۸۸).

هرگاه همگی راضی باشند و فروختن موقوفه برای آن‌ها بهتر باشد، می‌توانند آن را بفروشند»[۱].

ج) روایت حمیری. «ایشان خدمت حضرت مهدی نوشت: از امام صادق خبر مأثوری رسیده است، هرگاه ملکی برای گروهی یا طایفه‌ای و نسل بعد از آنان وقف شود و موقوف‌علیهم همگی بر فروش آن اتفاق داشته باشند و این کار برای آنان سودمندتر باشد، اگر تعدادی راضی و تعدادی ناراضی باشند، آیا افراد ناراضی می‌توانند سهم گروه دیگر را خریداری نمایند؟ یا اینکه فروختن جایز نیست مگر اینکه همه راضی باشند؟ حضرت پاسخ دادند:

در صورتی که موقوف‌علیه امام مسلمین باشد فروش وقف جایز نیست؛ اما اگر موقوف‌علیهم گروهی از مسلمین باشند، هریک می‌توانند چه به‌صورت دسته‌جمعی و چه به‌صورت انفرادی سهم خود را بفروشند»[۲].

۲,۲. عقل

در برخی کتب فقهی همچون مکاسب (انصاری، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ۶۴) و مصباح‌الفقاهه (خویی، ۱۴۳۰ق، ج۵، ۱۸۰) آمده است در مواردی مثل خرابی وقف، به‌طوری که قابل انتفاع نباشد، برای تصمیم‌گیری در مورد موقوفه امر دائر میان سه مورد است:

- تعطیل وقف تا اینکه خودبه‌خود از بین برود؛
- نفع بردن نسل موجود از طریق اتلاف موقوفه؛

---

۱. «عَنْ عَلِیِّ بْنِ رِئَابٍ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ حَیَّانَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنْ رَجُلٍ وَقَفَ غَلَّةً لَهُ عَلَى قَرَابَةٍ مِنْ أَبِیهِ وَ قَرَابَةٍ مِنْ أُمِّهِ وَ أَوْصَى لِرَجُلٍ وَ لِعَقِبِهِ مِنْ تِلْکَ الْغَلَّةِ لَیْسَ بَیْنَهُ وَ بَیْنَهُ قَرَابَةٌ بِثَلَاثِمِائَةِ دِرْهَمٍ فِی کُلِّ سَنَةٍ وَ یُقْسَمُ الْبَاقِی عَلَى قَرَابَتِهِ مِنْ أَبِیهِ وَ قَرَابَتِهِ مِنْ أُمِّهِ .... فَلِلْوَرَثَةِ مِنْ قَرَابَةِ الْمَیِّتِ أَنْ یَبِیعُوا الْأَرْضَ إِذَا احْتَاجُوا وَ لَمْ یَکْفِهِمْ مَا یَخْرُجُ مِنَ الْغَلَّةِ قَالَ نَعَمْ إِذَا رَضُوا کُلُّهُمْ وَ کَانَ الْبَیْعُ خَیْراً لَهُمْ بَاعُوا» (طوسی، ۱۳۶۲، ج۴، ۹۹؛ طوسی، ۱۳۶۵، ج۴، ۱۳۴؛ حر عاملی، ۱۴۱۹ق، ج۱۹، ۱۹۱).

۲. «عن محمد بن عبدالله بن جعفر الحمیری عن صاحب الزمان(ع) انه کتب الیه روی عن الصادق(ع) خَبَرٌ مَأْثُورٌ إِذَا کَانَ الْوَقْفُ عَلَى قَوْمٍ بِأَعْیَانِهِمْ وَ أَعْقَابِهِمْ فَاجْتَمَعَ أَهْلُ الْوَقْفِ عَلَى بَیْعِهِ وَ کَانَ ذَلِکَ أَصْلَحَ لَهُمْ أَنْ یَبِیعُوهُ فَهَلْ یَجُوزُ أَنْ یَشْتَرِیَ مِنْ بَعْضِهِمْ إِنْ لَمْ یَجْتَمِعُوا کُلُّهُمْ عَلَى الْبَیْعِ أَمْ لَا یَجُوزُ إِلَّا أَنْ یَجْتَمِعُوا کُلُّهُمْ عَلَى ذَلِکَ وَ عَنِ الْوَقْفِ الَّذِی لَا یَجُوزُ بَیْعُهُ فَأَجَابَ ع إِذَا کَانَ الْوَقْفُ عَلَى إِمَامِ الْمُسْلِمِینَ فَلَا یَجُوزُ بَیْعُهُ وَ إِنْ کَانَ عَلَى قَوْمٍ مِنَ الْمُسْلِمِینَ فَلْیَبِعْ کُلُّ قَوْمٍ مَا یَقْدِرُونَ عَلَى بَیْعِهِ مُجْتَمِعِینَ وَ مُتَفَرِّقِینَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ» (حر عاملی، ۱۴۱۹ق، ج۱۹، ۱۹۱؛ طبرسی، ۱۳۹۲، ج۲، ۳۱۳؛ مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج۵۳، ۱۶۶).

- تبدیل وضعیت موقوفه، تا تمام موقوف‌علیهم نسل اندر نسل از آن بهره ببرند.

مورد اول با حق خداوند، موقوف‌علیهم و واقف منافات داشته، باعث تضییع حقوق آن‌ها می‌شود (حق خداوند این است که وقف کردن یک عمل قربی است و پیوسته واقف به خدا تقرب می‌جوید و حق واقف آن است که تا وقف باقی است ثوابی به او می‌رسد و حق موقوف‌علیهم آن است که همهٔ بطون از آن استفاده کنند).

مورد دوم (سود بردن موقوف‌علیهم موجود) نیز با حق سایر بطون منافات دارد؛ چون بطن موجود فقط حق انتفاع دارد، نه حق اتلاف مال. پس عقل حکم می‌کند مورد سوم مطلوب باشد و بتوان با توجه به نیت واقف، آن‌ها را اقرب به نیت او تغییر وضعیت داد.

طبق دیدگاه شیخ انصاری استصحاب منع جواز در این گونه موارد جاری نیست، زیرا منع از جواز مستلزم تضییع مال است که قطعاً حرام است و با وجود ادلهٔ اجتهادی بر حرمت آن، نوبت به استصحاب که اصل عملی است، نمی‌رسد. علاوه بر اینکه استصحاب منع سابق در ضمن وجوب عمل به مقتضای وقف، یعنی انتفاع جمیع بطون به‌واسطهٔ عین موقوفه بوده و الآن مرتفع شده است. بنابراین عدم جواز که در ضمن آن بوده در حال حاضر در مورد استثنایی ازبین رفته[1]و موضوع استصحاب منتفی شده است و ارکان استصحاب تمام نیست و جای استصحاب نیست؛ پس درحقیقت نه‌تنها تبدیل وضعیت جایز است، بلکه تنها راه‌حل به‌شمار می‌آید.

۳,۲. قاعدهٔ فقهی «اَلوُقوفُ عَلَی حَسَب ما یوقفها اَهلها»

اگرچه با توجه به این قاعده، اصل عدم جواز را نتیجه گرفتیم، اما در مواردی که واقف پیش‌بینی تغییر وضعیت را برای موقوف‌علیهم کرده باشد، طبق آیهٔ شریفه «أوفوا بالعقود» (مائده: ۱۰)» و قاعدهٔ «المومنون عند شروطهم» (طوسی، ۱۳۶۲، ج۳، ۲۳۲؛ طوسی، ۱۳۶۵، ج۹، ۳۷۱؛ حر عاملی، ۱۴۱۹ق، ج۲۱، ۲۷۶) و قاعدهٔ «الوقوف» که ذکر می‌کند بر حسب

۱. «و الاول تضیع مناف لحق الله و حق الواقف و حق الموقوف علیه و به یندفع استصحاب المنع، مضافا الی کون المنع السابق فی ضمن وجوب العمل بمقتضی الوقف و هو انتفاع جمیع البطون بعینه و قد ارتفع قطعا، فلا یبقی ما کان فی ضمنه» (انصاری، ۱۴۱۷ق، ج۴، ۶۲).

آنچه واقف شرط کرده است، وقف تحقق پیدا می‌کند، می‌توان با ملاحظهٔ شرایط، تغییر وضعیت داد.

شیخ انصاری بیان می‌کند: این قاعدهٔ فقهی بر منع از جواز دلالت نمی‌کند، چون بیان وجوب مراعات کیفیت ترسیم‌شده از سوی واقف در انشای وقف را می‌رساند و عدم جواز بیع و تبدیل وضعیت از این موارد نیست تا در متن وقف‌نامه ذکر شود، چون عدم جواز تبدیل وضعیت از احکام وقف و مربوط به شارع است؛ چه در متن وقف‌نامه بیاید چه نیاید. همهٔ علما در احکام وقف بین ذکر شدن یا نشدن عدم جوازِ تبدیل وضعیت از سوی واقف در وقف‌نامه تفاوتی قائل نیستند (انصاری، ۱۴۱۷ق، ج۴، ۶۱).

بر فرض که منع از جواز و ابقای عین در متن وقف‌نامه آمده باشد و از کیفیاتی است که واقف آن را ترسیم کرده باشد، از این باب است که مقصود واقف، انتفاع جمیع بطون است و این مقصود تا وقتی است که انتفاع ممکن باشد و در فرض یادشده، انتفاع اصلاً ممکن نیست و حکم به ابقای عین، نقض غرض واقف است و اگر خود واقف هم موجود می‌بود و از او می‌پرسیدیم، به جواز تبدیل وضعیت راضی بود؛ زیرا این کار به غرض او نزدیک‌تر است (همان، ج۴، ۶۲).

۳. عوامل تبدیل وضعیت ناشی از شرایط موقوفه و ادارهٔ آن

با توجه به مباحث یادشده می‌توان گفت که اصل تبدیل وضعیت موقوفات در شرایط خاص مورد تأیید روایات، عقل و قواعد فقهی است. با تکیه بر ادلهٔ یادشده می‌توان در شرایطی که نمی‌توان از موقوفات استفادهٔ لازم را برد، دست به تبدیل و تغییر موقوفات زد که این عوامل را به دو صورت عوامل اولیه و ثانویه مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم:

۱,۳. عوامل اولیه

قابل استفاده نبودن موقوفه در صورت بقا به علت خرابی، کم‌فایده شدن مال موقوفه، مجهول‌المصرف شدن مال موقوفه و متعذرالمصرف شدن را می‌توان از عوامل اولیه دانست که در ادامه به آن خواهیم پرداخت:

۱،۱،۳. قابل استفاده نبودن موقوفه در صورت بقا به علت خرابی

گاهی مال موقوفه به‌گونه‌ای خراب می‌شود که باقی بودن آن بر حال خود هیچ استفاده و منافعی را برای موقوف‌علیهم ندارد؛ از طرفی کسی هم پیدا نمی‌شود موقوفه را تعمیر کند، در این صورت چه باید کرد؟ آیا باید مال موقوفه را به حال خود رها کرد تا خودبه‌خود ازبین برود، یا بطن موجود با اتلاف آن انتفاع ببرند و یا برای حفظ حق خداوند، حق موقوف‌علیهم غیرموجود و حق واقف در موقوفه تغییر و تبدیل صورت گیرد؟ در کتب فقهی (عکبری، ۱۴۱۰ق، ۶۵۲؛ طوسی، ۱۴۱۷ق، ج۳، ۵۵۱: طوسی، ۱۳۸۷، ج۳، ۳۰۰؛ حلی، ۱۴۱۲ق، ج۶، ۲۸۶؛ عاملی، ۱۴۱۲ق، ج۲، ۲۷۹؛ نجفی، ۱۳۶۵، ج۲۲، ۳۶۰؛ انصاری، ۱۴۱۷ق، ج۴، ۶۱؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۷، ج۳، ۱۳۳)، فقها به این بحث پرداخته و ادله‌ای برای جواز تغییر و تبدیل ذکر نموده و نیز به ادله‌ای که منع تبدیل وضعیت را می‌رساند جواب داده‌اند.

بسیاری از فقها دربارهٔ جواز تبدیل وضعیت موقوفه زمانی که خرابی به حد یادشده برسد، مباحثی را مطرح کرده‌اند (طوسی، ۱۴۱۷ق، ج۳، ۵۵۲). در مفتاح‌الکرامه در مورد جواز بیع، یکی از مصادیق تبدیل وضعیت، گفته شده است: «در آن هیچ‌گونه تردیدی مشاهده نمی‌شود» (حسینی عاملی، بی‌تا، ج۱۸، ۳۰). البته خرابی به این صورت را مقید به این کرده‌اند که هیچ امیدی برای برگشت به حالت اولیه وجود ندارد، قابل عمران و آبادی نیست و کسی هم پیدا نمی‌شود آن را آباد کند. جواز بیع در این صورت به این سبب است که واقف وقتی مالی را وقف کرده، نظر او این بوده که موقوف‌علیهم بتوانند از آن انتفاع ببرند و هدف نهایی از انشای وقف، همین بوده است و درصورتی که نتوان از آن مال انتفاع برد، وقف نمودن لغو خواهد شد. ازاین‌رو گفته شده یکی از شرایط صحت وقف این است که بتوان از مال موقوفه انتفاع برد و دارای منفعت محلله و قابل تسبیل باشد و منع از بیع هم به‌دلیل استفاده از این منفعت است. لذا درصورتی که هیچ‌گونه منفعتی نداشته باشد، مانعی برای تبدیل وضعیت وجود ندارد، چون باقی گذاشتن مال موقوفه بر همان حالت خرابی، لغو و خلاف نظر واقف بوده است و بدون فایده باقی خواهد ماند که هیچ‌گونه توجیه شرعی و عقلی ندارد. از طرفی ادلهٔ عدم جواز بیع موقوفات، همچون اجماع و روایات در اینجا جاری نیست؛ چون اولاً درصورتی که موقوفه به چنین حالتی درآید در جواز تبدیل وضعیت آن بین علما هیچ‌گونه اختلافی نیست.

ثانیاً روایاتی که بیان کرده‌اند «لا یجوز شراء الوقف ولا تدخل الغله فی ملک» (طوسی، ۱۳۶۲، ج۹، ۷۱)[۱] هیچ‌گونه اطلاقی ندارد که شامل صورت یادشده بشود؛ چون این روایات در مواردی بیان شده است که آن مال موقوفه دارای منفعت باشد و امام در این مقام نبوده است تا بیان کند فروش موقوفه در هیچ حالتی جایز نیست. به عبارت دیگر، این روایت منصرف از این حالت، و مراد این بوده است که وقف مثل بقیهٔ املاک طلق نیست تا خرید و فروش آن مطلقاً جایز باشد (کرکی، ۱۴۰۸ق، ج۹، ۲۹۶).

ثالثاً قاعدهٔ فقهی «الوقوف» (قمی، ۱۴۰۴ق، ج۴، ۲۳۷) نیز مربوط به این مقام نیست، چون هدف از بیان این جمله در روایات این بوده که باید در مورد موقوفه طبق نظر واقف و همان‌طور که شرط نموده است عمل کرد، اما باقی گذاشتن مال موقوفه و عدم جواز بیع در صورت پیش‌گفته از شرایط و قیودی که واقف آن‌ها را انشا نموده است نیست؛ درنتیجه باقی گذاشتن موقوفه به حالت خودش و عدم جواز بیع به هر صورتِ ممکن و به صلاح موقوفه و موقوف‌علیهم بدون فایده است و لغو خواهد بود. به گفتهٔ شیخ انصاری می‌توان گفت در این صورت مخیر بین سه امر هستیم (انصاری، ۱۴۱۷ق، ج۴، ۶۱):

- مال موقوفه به حال خود رها شود تا تلف گردد که این با عقل سلیم و ذوق فقهی نمی‌سازد.
- موقوفه به فروش رسد و پول آن بین موقوف‌علیهم موجود تقسیم شود که چنین تصرفی باعث تضییع حقوق نسل‌های بعدی است.
- موقوفه با کارشناسی همهٔ جوانب، تبدیل به اقرب به هدف واقف گردد تا آن مال به‌صورت صدقهٔ جاریه باقی بماند. این بهترین تصمیم‌گیری در مورد موقوفه است و با قصد واقف نیز هیچ‌گونه منافاتی ندارد. از نظر عقلی هم مصلحت مال موقوفه، موقوف‌علیهم و نظر واقف درنظر گرفته شده است.

با توجه به مطالب یادشده می‌توان گفت ابن سعید حلی (۱۴۰۵ق، ۳۷۲)، علامه حلی (۱۴۱۲ق، ج۶، ۲۸۶)، شهید اول (۱۴۱۲ق، ج۲، ۲۷۹)، فیض کاشانی (۱۴۱۸ق، ج۳، ۲۱۳) و

۱. «یعنی خرید و فروش وقف جایز نیست و محصول آن را در ملک خود داخل نکن».

شیخ انصاری (۱۴۱۷ق، ج۴، ۶۱) و ... فروش وقف در این صورت را جایز می‌دانند. امام خمینی (۱۴۰۹ق، ج۲، ۷۹) هم تصریح کرده است که حاکم شرع در صورت مصلحت مستحقان می‌تواند وقف را بفروشد و مخالفان در این مسئله بسیار اندک هستند؛ برای مثال ابن ادریس (حلی، ۱۴۱۰ق، ج۳، ۱۶۷) بیع وقف را در این صورت جایز نمی‌داند و معتقد است ارباب وقف فقط حق دارند به همان صورت از آن استفاده کنند.

بنابراین می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که در صورت یادشده، فروش موقوفه جایز است و لذا ممکن است بتوان گفت درصورتی که فروش موقوفه جایز باشد باید به طریق اولی، تبدیل وضعیت به‌صورت‌های دیگر هم جایز باشد.

۲,۱,۳. کم‌فایده شدن مال موقوفه

منظور از کم‌فایده شدن موقوفه، صورتی است که به حد معدوم نرسد، بلکه به دلایلی همچون باقی گذاشتن موقوفه به حالت خود و پایبند بودن به شرایط واقف، منفعت چندانی از موقوفه حاصل نمی‌شود؛ درحالی که تبدیل وضعیت به هر صورت ممکن است باعث شود موقوفه درآمد بسیار بالایی داشته باشد.

بحث فقها دربارهٔ این موضوع (طوسی، ۱۴۱۷ق، ج۳، ۵۵۱؛ حلی، ۱۴۱۰ق، ج۳، ۱۶۷؛ حلی، ۱۴۱۲ق، ج۶، ۳۱۶؛ نجفی، ۱۳۶۵، ج۲۲، ۳۶۳؛ انصاری، ۱۴۱۷ق، ج۴، ۷۷) بیشتر پیرامون بیع موقوفه بوده است و فقهایی همچون شیخ انصاری (همان، ص۷۶؛ طوسی، همان) قائل به جواز بیع آن و در مقابل، فقهایی همچون ابن ادریس حلی قائل به عدم جواز بیع شده‌اند (حلی، ۱۴۱۰ق، همان).

مسئله اول. واقف مغازه‌ای را وقف کرده است تا با اجارهٔ آن، مشکلات مالی فلان مدرسه تأمین شود. ولی بعد از مدتی بر اثر خرابی به‌گونه‌ای درآمده است که مردم فقط برای اغراض جزئی اجارهٔ اندکی پرداخت می‌کنند، یا اینکه در گذشته و بر اثر اقبال مردم به بازاری که مغازه در آن قرار دارد اجارهٔ زیادی پرداخت می‌شد، اما بعد از مدتی به هر دلیلی، اقبال مردم به آن بازار کم شد، به‌صورتی که برای آن مغازه اجارهٔ اندکی پرداخت می‌کنند. حال بحث این است که در این صورت چه باید کرد:

– آیا باید مال موقوفه (مغازه) را به همان قیمت اندک اجاره داد؟

– آیا می‌توان در عنوان آن تغییر ایجاد کرد و با عنوان دیگری استفاده کرد؟

فخرالمحققین نیز در ایضاح، قائل به منع فروش شده و نظر ابن ادریس را برگزیده است. وی چنین استدلال می‌کند: «وقف نمودن برای استمرار و تأبید می‌باشد به این معنا که دوام عین موقوفه موضوعیت دارد نه دوام نوع آن، لذا تا زمانی که این استمرار ممکن باشد همهٔ ادله و عمومات دال بر عدم جواز شامل آن می‌شوند. ضمن اینکه بین کلام شیخ مفید و ابن ادریس تنافی وجود ندارد؛ چون دلیل شیخ بر صورتی دلالت دارد که موقوفه هیچ‌گونه منفعتی نداشته باشد، ولی دلیل ابن ادریس بر صورتی دلالت دارد که منفعتی برای موقوفه در فرض مذکور، وجود داشته باشد، اگرچه آن منفعت اندک باشد، و لذا بعد از فروش، به‌وسیلهٔ پول آن، مال دیگری به عنوان وقف خریداری می‌گردد» (حلی، ۱۳۷۸ق، ج۲، ۳۹۳).

شیخ انصاری قول به منع فروش را تقویت کرده است، ضمن اینکه آن را به‌ظاهر به اکثر فقها نسبت داده است. البته ایشان در پایان بحث خود بیان داشته‌اند، درصورتی که منفعت موقوفه به علت دیگری غیر از خرابی کم شود، به طریق اولی بیع و فروش آن جایز نخواهد بود. البته ممکن است از راه دیگری همچون اصلح و انفع بودن بتوان قائل به تبدیل وضعیت شد که آن بحث دیگری است (انصاری، همان، ۷۷).

بنابراین می‌توان گفت دو دیدگاه در این مسئله مطرح است: ۱. بیع آن جایز است که قول شیخ مفید است. ۲. بیع آن جایز نیست، ولی تغییر در مصرف جایز است که قول ابن ادریس، فخرالمحققین و شیخ انصاری بوده است.

بعد از نقل اقوال فقها و روشن شدن کلام آن‌ها، ممکن است بگوییم از کلام ابن ادریس که استفاده از درختان ازجا کنده‌شده را در مواردی همچون تسقیف جایز می‌دانست (حلی، ۱۴۱۰ق، ج۳، ۱۶۷)، جواز تبدیل وضعیت را که مورد بحث ماست می‌توان برداشت نمود؛ چون تسقیف غیر از استفاده کردن از میوه‌های درختان است.

بنابراین در مواردی همچون خانه و مغازه که از طریق سکونت یا اجاره دادن برای کسب

و کار نمی‌توان استفادهٔ زیادی برد، می‌توان در عنوان وقف بودن آن‌ها با مصلحت‌سنجی وضعیت آن‌ها را تغییر داد؛ برای مثال، می‌توان خانه را در مواردی غیر از سکونت، و مغازه را در مواردی غیر از اجاره دادن برای کسب و کار به دیگران واگذار کرد.

ضمن اینکه ظاهراً باید گفته شود، توجه به نظر واقف در این صورت دارای اهمیت است، چون گاهی نظر واقف، صرف درآمدزا بودن مال موقوفه است تا با درآمد آن بعضی از مشکلات موقوف‌علیهم برطرف شود. در این صورت ظاهراً تبدیل وضعیت مشکلی ایجاد نخواهد کرد؛ چون درآمد آن کم شده، نظر واقف تأمین نمی‌شود. از طرفی هم قاعدهٔ «الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها» (طوسی، ۱۳۶۵، ج۹، ۱۳۰) در این صورت بر جواز تبدیل وضعیت دلالت دارد.

محقق یزدی نیز به این مطلب این‌گونه اشاره کرده است:

«گاهی از حال واقف معلوم می‌شود، هدف او از وقف کردن خانه بر اولادش این بوده که خود آن خانه، که خانه پدران او و دارای ویژگی‌های خاصی بوده، حفظ شود و خانه موضوعیت داشته تا در دست فرزندانش باقی بماند. همچنین اگر قرآنی را بر فرزندانش وقف نموده، از حال او معلوم می‌شود که نیت او باقی ماندن آن قرآن که به خط خود واقف یا اجداد او نوشته شده، بوده و قرآن موضوعیت داشته است تا در دست فرزندانش باقی بماند؛ اما گاهی از محتوای کلام واقف یا صریح کلام او یا از خارج دانسته می‌شود که در مثل در وقف فلان باغ یا مزرعه، نظر به خود آن باغ یا مزرعه نداشته است و قصد او منافع و مالیت و اصلاح حال فرزندان و تأمین زندگی آن‌ها بوده است. در این صورت به‌دلیل کم‌درآمد شدن موقوفه به شکل مذکور ممکن است گفته شود، تبدیل به ملک دیگر در صورت اصلح بودن جایز خواهد بود» (طباطبایی یزدی، بی‌تا، ج۱، ۲۶۳).

بدین‌سان ظاهراً می‌توان گفت نظر واقف موضوعیت دارد؛ ضمن اینکه درصورتی که بقای وقف بر حال خودش منفعت اندکی داشته باشد و با توجه به اینکه سرمایه‌گذاری بر منفعت کم، مساوی با ضرر خواهد بود، کارشناسان باید مصالح موقوفه و موقوف‌علیهم و ... را بررسی کنند تا بتوانند از مال موقوفه در یکی از موارد تبدیل وضعیت استفاده نمایند. البته

همان‌طور که اشاره شد، این مورد داخل در اصلح و انفع بودن تبدیل وضعیت خواهد بود و کم‌فایده شدن مال موقوفه را نمی‌توان دلیل بر جواز بیع و دیگر صورت‌های تبدیل وضعیت دانست.

۳,۱,۳. مجهول‌المصرف شدن مال موقوفه[۱]

از دیگر عواملی که برای تبدیل وضعیت موقوفات مطرح است اینکه ممکن است موقوفه‌ای پیدا شود که در ابتدا برای مصارف معینی وقف شده باشد. بعد از مدتی به دلایلی همچون ازبین رفتن تمام وقف‌نامه یا قسمتی از آن، یا مبهم و مجمل بودن عبارات وقف‌نامه، نوع مصرف آن مجهول و نامشخص شده باشد؛ به این نوع موقوفه، «مجهول‌المصرف» گفته می‌شود.

مسئله. واقف اموالی را بر فرزندان خود وقف می‌کند تا از درآمد آن خرج فلان مدرسه تأمین شود، اما بعد از مدتی فرزندان نسل اول که مصرف موقوفه را می‌دانستند همه درگذشتند و وقف‌نامه هم ازبین رفته یا مبهم شده است و نسل جدید می‌دانند مالْ موقوفه است، ولی جهت مصرف برای آن‌ها مجهول مانده است.

حال با توجه به این شرایط برای موقوفه چه راه‌حلی پیشنهاد می‌شود:

- آیا می‌توان درآمد موقوفه را در هر راهی که صلاح بدانیم مصرف کنیم؟
- آیا می‌توان موقوفه را به حال خود رها کرد؟
- یا می‌توان در آن تصرف کرد و آن را فروخت؟
- آیا می‌توان آن را در کارهای عام‌المنفعه و بریات عمومی مصرف کرد؟

در چنین مواردی فقها سؤال از این نوع موقوفه را بدون پاسخ نگذاشته‌اند.

صاحب جواهر می‌نویسد:

---

۱. وقف مجهول‌المصرف غیر از وقف بر مجهول است. در وقف بر مجهول، موقوف‌علیهم مجهول می‌باشند و چنین وقفی صحیح نیست، چون یکی از شرایط وقف، معین بودن موقوف‌علیهم بود، ولی در مجهول‌المصرف، مصرف موقوفه مجهول است و بعد از واقع شدن وقف به‌صورت صحیح، مصرف مجهول شرط است (قانون مدنی، مادهٔ ۷۱ و ۹۱).

«در صورت ناشناخته بودن ارباب وقف، نسبت به مصرف درآمد حاصله از وقف در وجوه «برّ» تأمل نمودن سزاوار نیست، هرچند بعضی در این مورد و موارد مثل آن توقف نموده‌اند. البته این توقف جا ندارد، زیرا چنین موردی از اموال مجهول‌المالک خواهد بود. علاوه بر این در روایت ابی علی بن راشد آمده است: «... از امام (ع) سؤال کردم در صورتی که صاحب ملک وقفی را نشناختم چه کار کنم؟ حضرت فرمود: درآمد آن را صدقه بده» (حر عاملی، ۱۴۱۹ق، ج۱۹، ۱۸۵). این روایت در آنچه ذکر کردیم تصریح دارد و حتی از این روایت صورت نسیان مصرف موقوفه و غیره معلوم می‌شود؛ چون همهٔ اینها مثل همدیگر هستند» (نجفی، ۱۳۶۵، ج۲۸، ۱۱۲).

بنابراین به‌نظر می‌رسد مصرف کردن درآمد حاصله از موقوفات مجهول‌المصرف در وجوه «برّ» و «احسان» به‌عنوان یکی از صورت‌های تغییر وضعیت بهترین راه‌حل است، زیرا علاوه بر اینکه فقها بر این مطلب اتفاق نظر دارند و به روایت ابی علی‌بن راشد هم استدلال نموده‌اند، این راه‌حل اقرب به نظر واقف بوده، معمولاً واقفان به چنین اموری راضی هستند و اینکه ممکن است گفته شود می‌توان برای برطرف شدن مشکل به خود واقف رجوع کرد، چنان‌که صاحب جواهر ذکر کرده است، راه‌حل مناسبی نیست، چون واقف با وقف نمودن مال خویش، نسبت به آن، حکم شخص بیگانه را یافته است (نجفی، ۱۳۶۵، ج۲۸، ۱۱۳).

طبق مادهٔ ۶۱ قانون مدنی، عایدات موقوفات باید به همان مصارفی برسد که واقف در عقد مقرر داشته است و هیچ‌گونه تغییری در آن نمی‌توان داد و درصورتی که وقفیت ملکی محرز باشد و به جهتی از جهات معلوم نباشد که عایدات موقوفه باید به چه مصرفی برسد، چنان‌که وقف‌نامه مفقود شده باشد و یا قسمتی از وقف‌نامه که نحوهٔ مصرف در آن نوشته شده به‌واسطهٔ کهنگی و فرسودگی خوانده نشود، به طریق زیر عمل می‌شود (امامی، ۱۳۷۳، ج۱، ۹۷):

- در صورتی که معلوم نباشد که موقوفه وقف خاص است یا وقف عام، عایدات آن صرف بریات عمومی می‌شود.[۱]

۱. بنابر استنباط از ظاهر مادهٔ ۹۱ قانون مدنی.

- درصورتی که موقوفه از موقوفات عامه است، ولی مصرف آن معلوم نیست، یعنی مجهول‌المصرف باشد، هرگاه قدر متیقنی در بین باشد، چنان‌که محقَق باشد که مزرعه برای دانشجویان مدرسه وقف شده، ولی معلوم نیست کدام مدرسه است، در همان قدر متیقن مصرف می‌شود؛ یعنی عایدات آن به دانشجویان داده خواهد شد و به مصرف دیگری نمی‌توان رسانید. ولی هرگاه قدر متیقن در بین نیست، چنان‌که معلوم نباشد برای کدام یک از امور فرهنگی بهداشت، تبلیغات مذهبی و امثال آن باید مصرف شود، به دستور شق اول از مادهٔ ۱ قانون مدنی، صرف بریات عمومی خواهد شد؛ یعنی می‌توان تمامی عایدات موقوفهٔ یادشده را در هریک از امور خیریه مصرف کرد، همچنان‌که می‌توان بین آن‌ها تقسیم کرد، زیرا آنچه مسلم است عایدات موقوفه باید در یکی از امور خیریه مصرف شود و چون نمی‌توان دانست کدام‌یک از آن امور است، در هریک مصرف شود به غرض واقف که صرف در امر خیر است، نزدیک خواهد بود.
- درصورتی که مصرف منافع موقوفه در مورد خاصی که واقف معین کرده است دشوار باشد، چنان‌که واقف در روستایی زندگی می‌کرد که در کنار رودخانهٔ کوچکی قرار داشت و اهالی آن برای آمدن به شهر از پلی که بر رودخانه ساخته شده بود، می‌گذشتند و واقف چند دکان را وقف نمود تا عایدات آن برای تعمیر پل یادشده مصرف شود و بعداً به‌دلیل خشک شدن رودخانه روی آن جاده کشیده شد؛ چون دیگر عایدات موقوفه برای منظوری که واقف معین نموده متعذر است، به دستور شق دوم مادهٔ ۹۱ قانون مدنی صرف بریات عمومی می‌شود، نه صرف تعمیر پل دیگری، زیرا منظور واقفْ تعمیر پل روستای خود بوده است.

در صورت انحلال شرکت یا مؤسسهٔ علمی و یا هر شخص حقوقی دیگر، اموالی که بر آن وقف شده چه حکمی پیدا می‌کند؟

در صورت انحلال و ازبین رفتن شخص حقوقی باید گفت بین شخص حقوقی خصوصی و شخص حقوقی عمومی تفاوت است. در شخص حقوقی عمومی، چون اموال آن متعلق به عموم مردم است، پس از انحلال، مال موقوفه حکمش همانند حکم وقف بر عامی خواهد بود که مصرف آن در مورد معین‌شده از سوی واقف، متعذر باشد که گفتیم در این صورت در

بریات صرف خواهد شد. البته باید قصد و نیت واقف نیز مد نظر باشد. برای مثال، اگر شخصی عینی را وقف کرد که منافع آن برای مصارف مسجد معینی یا مؤسسهٔ مشخصی مصرف شود، و پس از مدتی آن مسجد یا مؤسسه به علتی منحل یا خراب شود به‌گونه‌ای که صرف منافع موقوفه برای آن ممکن نباشد، در این صورت:

- گاهی غرض واقف فقط عنوان مسجد یا مؤسسهٔ دینی است در هرجا که باشد، در این صورت باید گفت که منافع این موقوفه صرف همان هدف می‌شود، گرچه در محل دیگری باشد.
- گاهی محل و مکان آن (مثلاً مردم و جوانان همان روستا یا همان منطقه از شهر و...) مورد توجه واقف است که در این صورت باید برای منافع همان محل استفاده شود، اگرچه در هدف و جهتی غیر از جهت یادشده؛ البته اقربیت به آن جهت باید لحاظ شود.

اما درصورتی که شخص حقوقی، خصوصی باشد، در این صورت نیز اگرچه شرکت منحل شده است، اما می‌توان در نزدیکترین مورد به جهت مد نظر واقفْ موقوفه را مصرف کرد، وگرنه در بریات عامه صرف می‌شود؛ زیرا مال موقوفه با ایجاد عقد وقف از ملک واقف خارج شده است و برگشت آن به واقف یا وراثش به‌دلیل نیاز دارد و دلیلی برای آن وجود ندارد (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج۵، ۳۴۷).

۴,۱,۳. متعذرالمصرف شدن

یکی دیگر از موارد مطرح‌شده در مورد تبدیل وضعیت این است که ممکن است در برخی موارد به علت بعضی موانع، مصرف کردن درآمد موقوفه در مصلحت موردنظر واقفْ متعذر باشد. به این گونه موقوفات، «متعذرالمصرف» در مقابل «میسورالمصرف» گفته می‌شود (صادقی گلدر، بی‌تا، ۱۵۸). در چنین وضعیتی باید مشخص کنیم درآمد موقوفه چگونه به مصرف می‌رسد و چگونه در مصرف آن تبدیل وضعیت ایجاد می‌شود. پس از بیان مسئله، به نقل اقوال بعضی از فقها برای روشن شدن بحث خواهیم پرداخت.

اگر مالی برای جهت و مصلحت خاصی وقف شده، مثل تعمیر مسجد فلان محله یا

مدرسهٔ فلان محله، و آن مسجد یا مدرسه کلاً خراب شده و تعمیر آن‌ها هم ممکن نباشد یا اگر هم ممکن باشد نیازی به مسجد و مدرسه در آن محله نباشد، زیرا مردم آن محل کوچ کرده‌اند و فعلاً آنجا خرابه‌ای بیش نیست، در این صورت مال موقوفه به ملکیت واقف برنمی‌گردد (عاملی، ۱۴۱۳ق، ۳۹۶)[۱]؛ چون موقوفه به‌وسیلهٔ وقف از ملک واقف خارج شده است و بازگشت آن مال به ملکیت واقف نیاز به‌دلیل خاص دارد؛ لذا در این صورت اگر وقف از باب تعدد مطلوب است، یعنی نظر واقف تعمیر مسجد یا کمک به فرهنگ و مدرسه بوده و قصدش آن مسجد یا مدرسه بخصوص نبوده است و چون در محلشان بوده، آن‌ها را مقدم داشته است، منافع موقوفه در هر مسجد یا مدرسه‌ای خرج شود، مورد نظر واقف است و باید منافع وقف را صرف تعمیر مسجد یا مدرسهٔ دیگری بنمایند، ولی اگر قصد واقف منحصراً همان مسجد و مدرسه بوده است، باید منافع آن را صرف وجوه بریّه نمود (موسوی خمینی، ۱۴۰۹ق، مسألهٔ ۶۰ و ۶۲)[۲].

همچنین، اگر ملکی یا مالی وقف شده است برای اینکه منافع آن در جهت خاصی صرف شود و پس از مدتی به هر دلیلی صرف این منافع در آن جهت خاص غیرممکن شود؛ مثلاً مالی را وقف کرده است که از منافع آن به مبارزان اسلامی کمک شود و یا آب انبارهای عمومی تعمیر گردد و پس از مدتی با روی کار آمدن دولت اسلامی (یا تصویب قوانین مخالف اجرای وقف) و انجام لوله‌کشی آب و متروک ماندن آب انبارها، مصرف منافع در این راه‌ها دشوار شود، در چنین موردی موقوفه به ملک واقف برنمی‌گردد، بلکه منافع وقف باید صرف امور خیریه شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج۳، ۲۷۰)؛ چنان‌که در بند ۲ مادهٔ ۹۱ قانون مدنی در زمرهٔ مواردی که منافع موقوفات عامه صرف بریات عمومیه می‌شود، آمده است: «درصورتی که صرف منافع موقوفه در مورد خاصی که واقف معین کرده است متعذر باشد».

---

۱. «إذا وقف مسجدا فخرب، أو خربت القریهٔ أو المحلهٔ لم یعد إلی ملک الواقف، و تخرج العرصهٔ عن الوقف، لما کان الوقف مقتضیهٔ للتأبید و وقف المسجد فکا للملک – کما تقدم – تحریر العبد لم یکن خرابه و لا خراب القریهٔ التی هو فیها ولا المحلهٔ موجبهٔ لبطلان وقفه، لعدم منافاهٔ ذلک الوقف استصحابهٔ لحکم ما ثبت، و لبقاء الغرض المقصود من إعداده للعبادهٔ لرجاء عود القریهٔ و صلاهٔ من یمر به».

۲. «مسألهٔ ۶۲ لو وقف علی مصلحهٔ فبطل رسمها کما إذا وقف علی مسجد أو مدرسهٔ أو قنطرهٔ فخربت و لم یمکن تعمیرها أو لم تحتج إلی مصرف لانقطاع من یصلی فی المسجد و الطلبهٔ و المارهٔ و لم یرج العود صرف الوقف فی وجوه البر، و الأحوط صرفه فی مصلحهٔ أخری من جنس تلک المصلحهٔ ومع التعذر یراعی الأقرب فالأقرب منها».

شهید ثانی در کتاب مسالک می‌فرماید: چنانچه مصرف منافع مال موقوفه در جهتی که مشخص شده است به هر صورت غیرممکن شود، در این صورت، عین موقوفه با توجه به تفاوت نوع و ماهیت جهت و مصلحتی که واقفْ آن را برای صرف در آن وقف کرده است، چند حالت خواهد داشت:

الف) واقفْ مال موقوفه را بر مصلحتی وقف کرده است که به‌طور معمول پایان می‌پذیرد؛ برای مثال چشمه‌ای را برای مصالح درخت خاصی همچون درخت زیتون یا انگور وقف کند. در این صورت، این وقف همانند وقف منقطع‌الآخر یا یکی از مصادیق آن است و چنانچه واقف برای صرف موقوفه پس از انتفای جهت نخست، جهت خاصی را که اقتضای تأیید داشته باشد مشخص نکرده باشد، عین موقوفه با ازبین رفتن جهت خاص، به ملک واقف یا ورثهٔ او منتقل می‌شود (عاملی، ۱۴۱۰ق، ج۵، ۳۴۷).

ب) واقفْ مال موقوفه را بر مصلحتی وقف کرده است که دوام دارد و به‌اتفاق منتفی شده است؛ مثل اینکه مالی را وقف کند برای اینکه در جهت منافع یک چشمه یا نهر آبی صرف شود و به‌طور اتفاقی آن چشمه یا نهر خشک شود که در این صورت چون عین موقوفه به سبب وقف از ملک واقف خارج شده است، برگشت آن به ملکیت او و یا وراثش نیاز به‌دلیل دارد و دلیلی نیز برای آن موجود نیست، پس در این صورت مال موقوفه در بریّاتی که متناسب با جهت مد نظر واقف است، صرف می‌شود (عاملی، ۱۴۱۰ق، ج۵، ۳۴۸).

ج) واقف مال موقوفه را بر جهت و مصلحتی وقف کرده که وضع و حال آن مشتبه است؛ برای مثال عینی را وقف کند در جهت منافع مسجد و یا مدرسه‌ای در یک روستای کوچک که هم احتمال تخریب آن روستا پس از مدتی باشد و هم احتمال بقای آن. در این صورت دو احتمال وجود دارد:

- اصلْ بقای عین موقوفه به حال خود (وقفیت) است، پس همانند وقف مؤبد خواهد بود که پس از انتفای جهت، در وجوه برّیه صرف می‌شود.
- در این مورد ما شک داریم که آیا شرط انتقال ملک از مالکش به‌صورت مطلق و ابدی تحقق یافته است یا نه، و در صورت شک، فقط حکم به متیقن (یعنی خروج ملک از

مالکش فقط در مدت وجود همان مصلحت خاص) می‌شود. اما در مورد مشکوک، اصل بقا بر ملک مالک جاری می‌شود؛ مگر اینکه گفته شود، وقف بر جهت خاص درواقع وقف بر مسلمین بوده که محدود شده است به مصلحت خاصی از آنان، و با ازبین رفتن آن جهت، وقف باطل نمی‌شود، بلکه در جهت دیگری از منافع مسلمین مصرف می‌شود (عاملی، همان، ۳۴۷).[۱]

البته باید توجه داشت درصورتی که استفاده و صرف مال موقوفه در راهی که واقف معین کرده، پس از گذشت مدتی ممکن و مقدور شود، واجب است موقوفه را در همان مورد و جهت صرف کنیم؛ هرچند تاکنون به‌دلیل عدم امکان، در جهت دیگری صرف می‌شده است (همان).[۲]

۲,۳. عناوین ثانویه

یکی دیگر از موارد تبدیل وضعیت موقوفه این است که گاهی برخی از موقوفات به‌دلیل اضطرار، مصالح و مفاسد اجتماعی و رعایت حقوق جامعه، نیازمند تبدیل وضعیت هستند. پرسش مطرح‌شده این است که تصمیم‌گیری در مورد تبدیل وضعیت چنین موقوفاتی به‌عهدهٔ چه کسی است؟

در اینجا برای نمونه چند مورد را بیان می‌کنیم تا موضوع روشن‌تر شود:

مسئلهٔ اول. واقف ملکی را وقف کرده، ولی به‌دلیل توسعهٔ مسیر عبور و مرور و خیابان‌کشی، ملک موقوفه در وسط خیابان قرار گرفته است، به‌گونه‌ای که نگهداری موقوفه به حال خود، مانع عبور و مرور و تردد می‌شود.

- آیا می‌توان گفت آن ملک فروخته شود و در جای دیگر ملک دیگری خریداری شود؟ (ابدال)

---

۱. «و الثالث: کالوقف علی مسجد فی قریهٔ صغیرهٔ أو علی مدرسهٔ کذلک بحیث یحتمل انقطاع مصلحته کما یحتمل دوامها. و فی حملها علی أی الجهتین نظر، من أصالهٔ البقاء فیکون کالمؤبد، و الشک فی حصول شرط انتقال الملک عن مالکه...».

۲. «و اعلم انّه علی تقدیر صرف الوقف فی وجوه البرّ مع بطلان ال مصلحهٔ الخاصهٔ لو عادت بعد انقطاعها وجب عوده إلیها، لوجوب الوفاء بالعقد السابق خرج منه إذا تعذّر فیبقی الباقی».

- آیا می‌توان گفت آن ملک با ملک دیگری عوض شود؟ (استبدال)
- آیا می‌توان گفت ملک یادشده در داخل خیابان باقی بماند؟

مسئلهٔ دوم. با توجه به اینکه فلان محصول در منطقهٔ واقف وجود نداشته، واقف اموالی را وقف کرده تا هر سال مقدار زیادی از آن میوه از فلان منطقه یا فلان کشور خریداری شود و بین نیازمندان منطقهٔ خودش تقسیم گردد، اما بعد از مدتی همان محصول در منطقه خودش کشت شده و قابل برداشت است و وارد کردن آن محصول باعث ضرر رساندن به کشاورزی و اقتصاد منطقهٔ یادشده خواهد شد. در چنین شرایطی چه باید کرد؟

- آیا می‌توان گفت نظر واقف، رسیدن آن محصول به این منطقه و برآوردن نیاز مستمندان بوده و الآن می‌توان محصول کشاورزان همان منطقه را خریداری و بین مستمندان تقسیم کرد؟

مسئلهٔ سوم. واقف چندین مغازه وقف نمود تا درآمد حاصل از آن به مصرف فلان مسجد برسد، اما بعد از مدتی طرح توسعه شروع شده، به‌صورتی که این مغازه‌ها مانع از اجرای یک پروژهٔ عظیم می‌شوند.

- در چنین صورتی آیا می‌توان به سبب یک مصلحت مهم‌تر، این مغازه‌ها را تخریب کرد و در جای دیگری، ملکی به نام همان موقوفه خریداری نمود؟ یا باید مغازه‌ها در حال خود باقی مانده، پروژهٔ طرح توسعه با مشکلات خاصی روبرو شود؟

مسئلهٔ چهارم. واقف اموالی را برای خرید قرآن و توزیع آن‌ها بین مردم وقف کرده است، ولی با توجه به شرایط جامعه و داشتن قرآن‌های متعدد در داخل خانه‌ها به‌نظر می‌رسد فرهنگ قرآنی در بین بعضی افراد وجود ندارد، در چنین مواردی آیا می‌توان به جای خرید قرآن، به ترویج معارف و فرهنگ قرآنی پرداخت؟

بی‌گمان احکام گستردهٔ اسلام تا زمانی که اجرا نشده باشند، هرگز گرفتار مانع و مزاحمی نمی‌شوند، و در مقام اجرا به‌دلیل آنکه عالم طبیعت، عالم تضاد و مزاحمت است، دچار تزاحم می‌گردند؛ برای مثال «وجوب نجات غریق» و حرمت عبور بدون اجازه از ملک غیر» دو حکم شرعی‌اند که در مقام ثبوت یا اثبات شرعی، هیچ‌گونه اصطکاکی ندارند، ولی

در مقام عمل (امتثال) ممکن است دچار تزاحم شوند. در بحث یادشده نیز چنین است و دو مصلحت با یکدیگر در مرحلهٔ عمل تزاحم پیدا می‌کنند.

در چنین مواردی مقدم نمودن مصلحت اهم بر مهم از باب قاعدهٔ عقلی «تقدیم اهم بر مهم» (عراقی، ۱۳۸۵، ج۲، ۴۶۰) لازم است، اما آنچه اهمیت دارد این است که مصلحت مهم و اهم را چه کسی تشخیص دهد و چه کسی می‌تواند در امور یادشده تصرف کند.

مطابق وظایفی که بعضی از فقها در کتب فقهی برای ولی فقیه مطرح نموده‌اند (انصاری، ۱۴۱۷ق، ج۳، ۵۶۰-۵۴۵)، یکی از وظایف ولی فقیه، برعهده گرفتن امور حسبیه و نیز مصالح عمومی جامعه است که بر این اساس باید به آن‌ها رسیدگی کند و هر کاری را که به مصلحت جامعهٔ اسلامی تشخیص داد، انجام دهد.

در حال حاضر ولی فقیه جامع‌الشرایط در حکومت جمهوری اسلامی ایران با توجه به تشکیلات ادارهٔ اوقاف و امور خیریه، شخصی را به‌عنوان نمایندهٔ خود در اوقاف و امور خیریه منصوب کرده و به او اجازهٔ تصرف در موقوفاتی را که ذکر شد با رعایت تمام موازین شرعی و مصالح و مفاسد جامعه داده است تا هرچه سریع‌تر به چنین اموری رسیدگی شود و مشکل موقوفات یادشده به هر شکلی از اشکال تبدیل وضعیت که صلاح باشد، برطرف گردد.

در تبصرهٔ ۴ مادهٔ ۵ آمده است:

نسبت به املاک موقوفه‌ای که طبق تشخیص سازمان اوقاف تبدیل به احسن شدن آن‌ها قانوناً مجاز است، به طریق یادشده در این قانون اقدام و آن‌ها را که شرعاً مجاز نیست از طریق اجارهٔ طویل‌المدت عمل خواهد شد. در مورد املاک اخیر در صورت وجود اعیانی متعلق به اشخاص و یا حقوق مندرج در تبصره‌های ۲ و ۳ مادهٔ ۵ این قانون، حقوق پیش‌گفته از سوی هیئت کارشناسی مندرج در این قانون تعیین و از محل اعتبار طرح پرداخت می‌شود و مال‌الاجارهٔ ملک موقوفه با درنظر گرفتن پرداخت یادشده از سوی هیئت کارشناسی تعیین خواهد شد[۱].

۱. لایحهٔ قانونی نحوهٔ تملک اراضی دولتی مصوب ۱۳۵۸ش

مبنای این ماده موارد عدم جواز بیع موقوفه است، زیرا وقف حبس و بازداشت عین مال از نقل و انتقال است و اصولاً نباید موقوفه از وضعیت وقفی خود خارج شود. بر همین اساس، فروش مال موقوفه امری استثنایی و خلاف اصل است و تا زمانی که هدف وقف تحقق‌پذیر است، مال موقوفه فروخته نخواهد شد. بنابراین در مواردی فروش موقوفه اجازه داده می‌شود که تحقق آن هدف به‌گونه‌ای که واقف قصد نموده است ممکن نباشد و ادامه دادن حبس مال بی‌فایده باشد.

جدای از منابع عمومی که مشمول تمامی ارگان‌ها می‌شود بعضی از منابع هستند که هرچند قدرت و اختیار وضع قاعده و قانون و درنتیجه ایجاد نظم موردبحث یا ایجاد تغییرات عمده در آن را ندارند، ولی با توجه به اختیاراتی که دارند می‌توانند تا حدی بر نظم موردنظر ما تأثیرگذار باشند؛ اما در اینجا به‌دلیل گستردگی بحث، منابع شهرداری را به‌عنوان نمونه‌ای پُرکاربرد مورد کنکاش قرار خواهیم داد.

- آئین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های مصوب هیئت دولت. هیئت دولت یا به تعبیری هیئت وزیران از دو روش می‌تواند در نظم حاکم بر حقوق مالکانه در برابر طرح‌های عمومی تأثیرگذار باشد؛ روش اول، تهیه و ارائهٔ قانونی به مجلس و روش دوم، تصویب آئین‌نامه‌های اجرایی قوانین (رضویان، ۱۳۸۱، ص۱۶۲).
- تصمیمات کمیسیون مادهٔ ۵. بعد از شورای عالی شهرسازی و معماری، این کمیسیون نقش مهم و سازنده‌ای در ایجاد قواعد و مقررات شهرسازی و درنتیجه تأثیرگذاری بر حقوق مالکانهٔ مالکان املاک شهری دارد.
- مصوبات شورای شهر. در بند ۱۱ مادهٔ ۷۱ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و نیز انتخابات در بیان یکی از وظایف و اختیارات شورای شهر، بررسی و تأیید طرح‌های هادی و جامع شهرسازی و تفصیلی و حریم و محدودهٔ قانونی شهرها پس از ارائهٔ آن از سوی شهرداری آمده است.

نتیجه

فقها در خصوص تبدیل وقف اختلاف نظر دارند؛ برخی بر عدم جواز بیع و تبدیل آن متفق‌اند، و بعضی بنابه ضرورت آن را مجاز دانسته‌اند. قانون در شرایط خاص با دستهٔ دوم همراه شده است؛ در حالت اولیه که شخص مالی را وقف می‌کند فروش و تبدیل مجاز نیست، ولی در حالت ثانویه که مال موقوفه از شرایط عادی خارج می‌شود یا در آستانهٔ ضایع و بی‌منفعت شدن است و عنوان اولیه را ازدست می‌دهد و بقای آن عملاً ممکن یا مفید نیست، شرع و عقل سالم راه مفید و عقلایی درپیش گرفته، در این اوضاع عدم بیع یا تبدیل را مساوی تبذیر و دون شأن نیت و نظر واقف می‌داند و به تبدیل آن حکم می‌کند. همچنین مشخص شده است، مادامی که تبدیل و بیع صورت نگیرد وقف از وقفیت خود ساقط نشده، باطل نمی‌شود. موقوفات در بعضی شرایط نیازمند تبدیل وضعیت هستند، وگرنه بهای حق خداوند، واقف و موقوف‌علیهم تنافی خواهد داشت؛ ضمن اینکه قاعدهٔ «الوقوف» و روایات دال بر عدم جواز، منصرف از این موارد است و مربوط به شرایط عادی وقف می‌باشد. در موردی که وقف به‌گونه‌ای خراب شود که با بقا قابل استفاده نباشد، می‌توان گفت هر موردی از صورت‌های تبدیل وضعیت که اقرب به نظر واقف و سایر مصالح باشد، جایز خواهد بود. درصورتی که منافع موقوفه کم شود، با توجه به اینکه سرمایه‌گذاری بر روی منفعتِ کم، مساوی با ضرر خواهد بود، فروش موقوفه در این گونه موارد دارای اشکال است و کم‌فایده شدن مال موقوفه را نمی‌توان دلیل بر فروش و دیگر صورت‌های تبدیل وضعیت دانست، بلکه کارشناسان باید مصالح موقوفهٔ موقوف‌علیهم را بررسی و تصمیم‌گیری کنند. در وقف متعذرالمصرف، درآمد موقوفات در موارد عام‌المنفعه که مشابه غرض واقف باشد، مصرف می‌شود که هم شامل وجوه «برّ» می‌شود و هم به نظر واقف نزدیک‌تر است و چنین تبدیل وضعیتی، جمع بین اقوال گوناگون است. درصورتی که منافع موقوفه از حد متعارف زیادتر باشد، در موارد اقرب به نظر واقف به‌کار می‌رود و در صورت نبودن مورد اقرب، در مطلق امور خیریه به مصرف می‌رسد. با توجه به مصالح و مفاسد اجتماعی و رعایت حقوق جامعه و ...، در بعضی موارد عنوان ثانوی برای موقوفه مطرح می‌شود که تصمیم‌گیری در چنین مواردی با ولی فقیه است.

منابع و مآخذ

۱. ابن فارس، احمد (۱۴۰۴ق)، ***معجم مقاییس اللغة***، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۲. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۹۹۷م)، ***لسان العرب***، بیروت: دار صادر.
۳. امامی، سید حسن (۱۳۷۳)، ***حقوق مدنی***، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
۴. امینیان مدرس، محمد (۱۳۸۱)، ***وقف از دیدگاه حقوق و قوانین***، مشهد: بنیاد پژوهشهای اسلامی.
۵. انصاری، مرتضی (۱۴۱۷ق)، ***المکاسب***، قم: مؤسسهٔ الهادی.
۶. بجنوردی، محمدحسن (بی‌تا)، ***القواعد الفقهیه***، محققان: مهدی مهریزی و محمدحسین درایتی، قم: نشر الهادی.
۷. بهشتیان، محسن (۱۳۹۰)، ***تملک اراضی توسط شهرداری‌ها***، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
۸. جوهری، اسماعیل‌بن حماد (۱۹۹۰م)، ***الصحاح تاج اللغة وصحاح العربیة***، چاپ چهارم، بیروت: دارالعلم.
۹. حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۱۹ق)، ***تفصیل وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعه***، چاپ دوم، قم: مؤسسهٔ آل البیت (علیهم‌السلام).
۱۰. حسینی عاملی، محمدجواد (بی‌تا)، ***مفتاح الکرامة فی شرح القواعد***، محقق: علی‌اصغر مروارید، بیروت: دار إحیاء التراث.
۱۱. حلبی، حمزه‌بن علی (ابن زهره)، (۱۳۷۵)، ***غنیة النزوع***، قم: مؤسسهٔ امام صادق (ع).
۱۲. حلی، حسن‌بن یوسف (علامه حلی)، (۱۴۱۲ق)، ***مختلف الشیعة فی أحکام الشریعه***، قم: مؤسسهٔ نشر اسلامی.
۱۳. حلی، حسن‌بن یوسف (علامه حلی)، (۱۴۱۳ق)، ***قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام***، قم: مؤسسهٔ نشر اسلامی.
۱۴. حلی، محمدبن حسن (فخرالمحققین)، (۱۳۷۸ش)، ***ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد***، محققان: کرمانی، اشتهاردی و بروجردی، ناشر: سید محمد هاشمی شاهرودی.
۱۵. حلّی، محمدبن منصور (ابن ادریس)، (۱۴۱۰ق)، ***السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی***، چاپ سوم، قم: جامعهٔ مدرسین.
۱۶. حلی، نجم‌الدین جعفربن حسن (محقق حلی)، (۱۴۰۹ق)، ***شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام***، چاپ دوم، محقق: سید صادق شیرازی، قم: انتشارات استقلال.

۱۷. حلی، نجم الدین جعفربن حسن (محقق حلی)، (۱۴۱۰ق)، ***المختصر النافع فی فقه الإمامیه***، تهران: مؤسسهٔ البعثه.
۱۸. حلّی، یحیی‌بن سعید (۱۴۰۵ق)، ***الجامع للشرائع***، قم: مؤسسهٔ سیدالشهداء(ع).
۱۹. خمینی، سید روح‌الله (۱۴۰۹ق)، ***تحریر الوسیله***، قم: مؤسسهٔ اسماعیلیان.
۲۰. خویی، ابوالقاسم (۱۴۳۰ق)، ***مصباح الفقاهه***، قم: مؤسسهٔ احیاء آثار امام خویی.
۲۱. دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۸۸)، ***لغتنامه دهخدا***، تهران: نشر جنگل.
۲۲. راغب اصفهانی، حسین‌بن محمد (۱۳۷۶)، ***مفردات الفاظ القرآن***، تهران: انتشارات مرتضوی.
۲۳. رضویان، محمدتقی (۱۳۸۱)، ***مدیریت عمران شهری***، چاپ اول، تهران: انتشارات پیوند نو.
۲۴. ریاحی سامانی، نادر (۱۳۸۷)، ***وقف و سیر تحولات قانونگذاری در موقوفات***، شیراز: انتشارات نوید.
۲۵. زبیدی، محمدبن محمد (۱۴۱۴ق)، ***تاج العروس من جواهر القاموس***، چاپ اول، بیروت: دارالفکر للطباعهٔ و النشر و التوزیع.
۲۶. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (بی‌تا)، ***تکملهٔ العروهٔ الوثقی***، قم: انتشارات داوری.
۲۷. طبرسی، احمدبن علی (۱۳۹۲)، ***الاحتجاج***، مشهد: نشر المرتضی.
۲۸. طریحی، فخرالدین (۱۴۲۱ق)، ***مجمع البحرین***، بیروت: دار و مکتبهٔ الهلال.
۲۹. طوسی، محمدبن حسن (شیخ طوسی)، (۱۳۶۲)، ***الاستبصار***، چاپ چهارم، قم: دارالکتب الإسلامیه.
۳۰. طوسی، محمدبن حسن (شیخ طوسی)، (۱۳۶۵)، ***تهذیب الأحکام***، چاپ دوم، قم: دارالکتب الإسلامیه.
۳۱. طوسی، محمدبن حسن (شیخ طوسی)، (۱۳۸۷ق)، ***المبسوط فی فقه الإمامیه***، محقق: محمدتقی کشفی، تهران: المکتبهٔ المرتضویه.
۳۲. طوسی، محمدبن حسن (شیخ طوسی)، (۱۴۱۷ق)، ***الخلاف***، قم: مؤسسهٔ نشر اسلامی.
۳۳. طوسی، محمدبن حسن (شیخ طوسی)، (بی‌تا)، ***النهایهٔ فی مجرد الفقه و الفتاوی***، بیروت: منشورات قدس.
۳۴. عاملی، زین‌الدین (شهید ثانی)، (۱۴۱۰ق)، ***الروضهٔ البهیهٔ فی شرح اللمعهٔ الدمشقیه***، محقق: کلانتری، قم: انتشارات داوری.
۳۵. عاملی، زین‌الدین (شهید ثانی)، (۱۴۱۳ق)، ***مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام***، قم: مؤسسهٔ معارف اسلامی.

۳۶. عاملی، محمدبن مکی (شهید اول)، (۱۴۱۱ق)، ***اللمعة الدمشقیه***، بیروت: دارالفکر.
۳۷. عاملی، محمدبن مکی (شهید اول)، (۱۴۱۲ق)، ***الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه***، قم: مؤسسهٔ نشر اسلامی.
۳۸. عتیقی، عبدالله؛ تونی، عزالدین؛ شعیب، خالد (۱۴۳۲ق)، ***المصطلحات الوقفیه***، بیروت: نشر دارالفکر.
۳۹. عراقی، ضیاءالدین (۱۳۸۵)، ***مقالات الاصول***، تهران: مکتبه الرضویه.
۴۰. عکبری، محمدبن محمدبن نعمان (شیخ مفید)، (۱۴۱۰ق)، ***المقنعه***، قم: جامعهٔ مدرسین.
۴۱. فراهیدی، خلیل‌بن احمد (۱۴۰۸ق)، ***کتاب العین***، جلد چهارم، بیروت: مؤسسهٔ اعلمی.
۴۲. فیض کاشانی، محمدحسن (۱۴۱۸ق)، ***مفاتیح الشرایع***، قم: دارالکتب الاسلامیه.
۴۳. فیومی، محمدبن علی (۱۴۲۵ق)، ***المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی***، چاپ سوم، قم: انتشارات هجرت.
۴۴. قمی، محمدبن علی‌بن بابویه (شیخ صدوق)، (۱۴۰۴ق)، ***من لایحضره الفقیه***، چاپ دوم، قم: جامعهٔ مدرسین.
۴۵. قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۴۱۳ق)، ***جامع الشتات***، تهران: مؤسسهٔ کیهان.
۴۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، ***عقود معین***، تهران: نشر یلدا.
۴۷. کبیسی، محمد (۱۳۹۳)، ***احکام وقف در شریعت اسلام***، مترجم: احمد صادقی گلدر، مازندران: نشر ادارهٔ کل حج و اوقاف امور خیریه.
۴۸. کبیسی، محمد (بی‌تا)، ***احکام وقف در شریعت اسلام***، مترجم: احمد صادقی گلدر، تهران: سازمان حج و اوقاف.
۴۹. کرکی، علی‌بن حسین (محقق ثانی)، (۱۴۰۸ق)، ***جامع المقاصد فی شرح القواعد***، قم: مؤسسهٔ نشر اسلامی.
۵۰. مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۳ق)، ***بحار الانوار***، بیروت: مؤسسهٔ الوفاء.
۵۱. مصری، ابن نجیم (۱۴۱۸ق)، ***البحر الرائق***، لبنان: دارالکتب العلمیه.
۵۲. مصطفوی، محمدکاظم (۱۳۸۴)، ***مائة قاعدة فقهیه***، قم: مرکز دروس اسلامی.
۵۳. معروف الحسنی، هاشم (۱۳۸۰)، ***الوصایة و الأوقاف***، مترجم: عزیز فیضی، قم: انتشارات هجرت.
۵۴. مغنیه، محمدجواد، (۱۴۲۷ق)، ***الفقه علی المذاهب الخمسه***، محقق: سامی العزیزی، چاپ سوم، قم: دارالکتب الإسلامیه.

۵۵. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۹)، ***القواعد الفقهیه***، قم: نشر مدرسهٔ امیرالمومنین (ع).
۵۶. موسوی خمینی، روح‌الله (۱۳۸۷)، ***کتاب البیع***، قم: چاپ مهر.
۵۷. نجفی، محمدحسن (۱۳۶۵ق)، ***جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام***، محقق: شیخ عباس قوچانی، جلد بیست و سوم، چاپ دوم، قم: دارالکتب الإسلامیه.
۵۸. نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸ق)، ***مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل***، قم: مؤسسهٔ آل البیت (علیهم‌السلام).

نشریه علمی مطالعات حقوقی معاصر، سال دهم، شماره نوزدهم، پاییز و زمستان ۹۸، صفحات۱۳۱-۱۵۵

تاریخ دریافت: ۹۸/۰۵/۲۲ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۸/۱۱/۰۱

رابطهٔ امر به معروف با مصلحت‌های سیاسی نظام اسلامی

عبدالحسین رضائی راد[۱]

چکیده

در آثار فقهی و مذهبی اسلام و حتی در تمامی ادیان از ضرورت و اهمیت دو فریضهٔ امر به معروف و نهی از منکر به‌عنوان یک وظیفهٔ همگانی و واجب کفایی سخن بسیار رفته است و همین ضرورت با عناوین دیگری چون «کنترل اجتماعی»، «نظارت اجتماعی»، «نظم اجتماعی»، «وجدان اجتماعی»، «انسجام اجتماعی» و «حفظ ارزش‌ها» و «هنجارهای اجتماعی» و به‌عنوان نوعی از «ضمانت اجرای قانون» ومانند آن‌ها در علوم اجتماعی نیز مورد بحث و تأکید قرار گرفته است. اما ضمانت اجرای خود این اصل و چالش‌های موجود در مرحلهٔ اجرای آن کمتر مورد عنایت قرار گرفته است. با توجه به آنکه اکثریت قریب به اتفاق منکرها در حیطهٔ اختیارات حکومت به‌وقوع می‌پیوندد و کار آمران به معروف با وظایف دولت تعارض و تداخل می‌یابد، این تحقیق می‌کوشد چالش‌هایی را که اجرای همگانی امر به معروف در زمینهٔ سیاسی و در خصوص وظایف نظام و مصلحت‌های انقلاب اسلامی پیش رو خواهد داشت با استفاده از تجربیات تاریخی و سیاسی و اجتماعی شناسایی کرده، برای پیشگیری از آن‌ها چاره‌جویی کند و در این مسیر پنج چالش از چالش‌های پیش رو در حیطهٔ رابطه آمران به معروف و نظام اسلامی را به شرح زیر به بحث می‌گذارد:

عدم پاسخگویی؛ بی‌نظمی و اختلال نظام؛ تداخل با کار دولت؛ تعارض حقیقت و مصلحت؛ خطر اختلافات مذهبی.

واژگان کلیدی: اختلافات، پاسخگویی، حکومت، مصلحت، معروف، منکر، نظام.

---

۱. دانشیار دانشگاه شهید چمران اهواز، اهواز- ایران ahrr39@scu.ac.ir

مقدمه

امر به معروف با وجود اهمیت استثنایی آن در میان سایر تعالیم و احکام دینی به شکل محسوسی مورد بی‌توجهی جوامع اسلامی قرار گرفته (رضائی راد، ۱۳۸۶، ۱۳) و این به آثار فقهی هم سرایت کرده و هرچه زمان گذشته است به‌جای آنکه مانند مباحث دیگر فقهی بر حجم بحث افزوده شود از حجم آن کاسته شده (مطهری، ۱۳۴۸، ۲ و ۵۱-۴۹)، بلکه به‌کلی از بعضی آثار فقهی و رساله‌های عملیه مراجع حذف گردیده است (رضائی راد، ۱۳۸۷، ۱۲۴) و حتی پس از پیروزی انقلاب اسلامی نیز با وجود چاپ آثار فراوان در اثبات ضرورت و اهمیت و فواید اجرای این دو فریضه، اقدام تقنینی قابل توجهی در جهت تضمین اجرای آن صورت نگرفته و تنها اصل هشتم قانون اساسی آن را به‌عنوان وظیفه‌ای متقابل میان دولت و ملت مطرح کرده است و کیفیت اجرای آن را به مجوز قانونی موکول کرده است و در سال ۱۳۹۴ با تأخیر ۳۷ ساله، قانون حمایت از آمران به معروف تصویب شد و برای اولین بار پس از چهار دهه از پیروزی انقلاب مجوز قانونی اجرای امر به معروف را برای افراد عادی تضمین می‌کند که البته دارای ابهامات بسیاری است که ستاد امر به معروف را وا می‌دارد تا در دستورالعمل اجرایی آن اجرای امر به معروف را به‌عنوان اولویت آخر از شش اولویت وظایف این ستاد معرفی کند (ستاد احیای امر به معروف، ۱۳۹۵) و عملاً اجرای این دو فریضه مهم را به حاشیه براند.

۱. بیان مسئله

امر به معروف از اصول مسلم دینی است و محتوای اصلی آن در علوم اجتماعی نیز با عناوین دیگری چون «کنترل اجتماعی»، «نظارت اجتماعی» و «حراست از هنجارها» و «پیشگیری از آسیب‌های اجتماعی» و «ضمانت اجرای قانون» و عناوین دیگری از این دست مورد بحث و تأکید قرار می‌گیرد و آثار متعددی در ضرورت و اهمیت آن به‌رشته تحریر درآمده است و در هیچ مسئله‌ای از مسائل دینی میان علمای دینی از فرقه‌های مختلف به این اندازه وحدت نظر حاصل نشده است (رضایی راد، ۱۳۸۶، ۱۶ و ۱۷). اما با وجود این، همیشه از بی‌توجهی به آن و ترک و فراموشی آن گلایه‌ها وجود داشته است (رضایی راد، ۱۳۸۶، ۱۵). راز این تعارض را نه در مبانی و ادلهٔ آن، بلکه در شیوه‌های اجرای آن می‌توان جستجو کرد.

این تحقیق می‌کوشد که که پاسخگوی این پرسش باشد که اجرای مردمی امر به معروف و نهی از منکر چه رابطه‌ای با مصالح نظام اسلامی دارد و در تعارض حفظ مصلحت که وظیفهٔ حکومت است و حفظ ارزش‌ها که وظیفهٔ آمران به معروف است، تکلیف چیست؟ به این منظور پنج چالش مهم در خصوص مصالح حکومتی را به‌عنوان بخشی از چالش‌های سیاسی اجرای مردمی امر به معروف به شرح زیر به بحث می‌گذارد.

۲. عدم پاسخگویی

پاسخگو بودن نظام‌های اجتماعی خود از موازین شرعی (قدردان قراملکی، ۱۳۸۲، ۲۳۹) و از اعرفِ معروف‌هاست و لذا آمران به معروف هم نمی‌توانند از این قاعده مستثنی باشند. مطابق تعالیم قرآن کریم و احادیث اسلامی، هیچ‌کس نمی‌تواند مسئولیت گناه دیگری را به‌عهده بگیرد (سورهٔ انعام: ۱۶۴؛ اسراء: ۱۵؛ فاطر: ۱۸؛ زمر: ۷؛ نجم: ۳۷).

در تمامی این آیات به‌طور صریح آمده که هیچ‌کس نمی‌تواند عهده‌دار گناه دیگری باشد و لازمهٔ این معنا آن است که هرکس باید مسئول اعمال خویش و پاسخگوی آن‌ها باشد. در آیات دیگر نیز به‌طور ضمنی به این مسئله اشاره شده است. هر انسانی در گرو اعمال خویش و مسئول آن‌ها است (سورهٔ طور: ۲۱؛ مدثر: ۳۸). از هر کاری که پاسخگوی مشخصی ندارد و پاسخگویی در برابر آن میسر نباشد باید اجتناب کرد. امام علی (ع) در نهج‌البلاغه می‌فرماید: «احذر کل عمل اذا سئل عنه صاحبه انکر و اعتذر منه»؛ یعنی از کاری که صاحبش حاضر به قبول مسئولیت آن نباشد اجتناب کن (دشتی، ۱۳۷۸، ش۶۹، بند ۳). اگر امر به معروف مسئول مشخصی نداشته باشد به دلیل نامعلوم بودن مجریانش و عدم امکان پاسخگویی و بازخواست، امر به معروف زمینه‌ساز ناامنی و سوءاستفادهٔ فرصت‌طلبان و ظالمان و لذا سلطهٔ اشرار و ظالمان بر صالحان و مظلومان خواهد بود و این چیزی است که با فلسفه و اهداف امر به معروف در تضاد است، زیرا یکی از اهداف این دو، اصل امنیت و عدالت و جلوگیری از سلطهٔ اشرار است و در روایات گفته شده در صورت ترک این دو فریضه، اشرار بر شما مسلط می‌شوند (ری‌شهری، ۱۴۰۴ق، ج۶، ۲۶۴) و لذا اگر امر به معروف باعث سلطهٔ اشرار شود، نقض غرض است و خلاف آنچه از آن مورد نظر بوده و نمی‌تواند امر به معروفی باشد که اسلام از ما خواسته است.

اجرای امر به معروف اگر تحت پوشش یک سازمان مشخص و نهادی شناخته شده نباشد در صورت انجام عملی نادرست و ایجاد تبعات نامطلوب یا سوءاستفاده‌های مغرضان از اعمال صادقانه آمران به معروف چه کسی پاسخگو خواهد بود و چگونه می‌توان خسارات وارده را جبران کرد؟ بر همین اساس است که در نظام اسلامی پاسخگویی حتی برای رئیس‌جمهور که برگزیدهٔ اکثریت جامعه است به‌رسمیت شناخته شده و در قانون اساسی مقرر شده است که رئیس‌جمهور باید در برابر رهبر، مجلس و ملت پاسخگو باشد (اصل ۱۲۲ قانون اساسی ایران). وقتی برگزیدهٔ ملت که مثل وکیل، ید او ید موکل است باید نسبت به اعمال خود پاسخگو باشد، آمران به معروف که چنین إذن و اختیاری ازمردم کسب نکرده‌اند و حقی و سمتی در امور و اموال مردم ندارند به طریق اولی باید پاسخگو باشند.

بر این اساس شایسته است آمران به معروف مانند همهٔ اصناف و تخصص‌های دیگر در قالب گروه‌ها و تشکل‌های سازمان‌یافته و شناسایی‌شده مدیریت شوند و در محدوهٔ خاصی که تخصص آن را دارند به فعالیت بپردازند تا در صورت تخلف یا ورود به محدوده‌ای که صلاحیت آن را ندارند، قابل پیگرد و اصلاح و جبران باشند و این پاسخگویی افراد و نهادها، مطلبی است که هم در متون و منابع دینی به آن اشاره شده است و هم تجربیات اجرایی جوامع پیشرفته بر آن صحه می‌گذارد.

۳. بی‌نظمی و اختلال نظام

«یکی از ارکان امر به معروف، اشخاص امرشونده یا نهی‌شونده هستند و امر به معروف و نهی از منکر بدون وجود این رکن معنا نخواهد داشت و بدین‌سان فریضهٔ امر به معروف از حوزهٔ حقوق و اختیارات فردی شخص آمر یا ناهی فراتر رفته، با حقوق دیگر افراد جامعه ارتباط پیدا می‌کند. اگر شخص امرشونده و یا نهی‌شونده با گشاده‌روئی امر و نهی را پذیرا گردد تعارضی در جامعه پدید نمی‌آید اما این حالت، حالتی نیست که همواره وقوع آن قابل انتظار باشد. همچنین زمانی که این فعالیت فردی و دعوت افراد جامعه به تغییری در روش زندگی یا سیاست‌های دستگاه حاکم نیازمند باشد که در این صورت حتی توافق امرشونده با امرکننده نیز کافی نخواهد بود و این توافق به معنای پذیرفته شدن این فعالیت در سطح جامعه نیست» (پاکتچی، ۱۳۸۰، ج۱۰، ۲۰۵).

اهمیت این مطلب زمانی آشکارتر می‌شود که بدانیم بر اساس بعضی از متون حدیثی به صراحت دلالت بر آن دارند که امر به معروف صرفاً یک وظیفهٔ شفاهی نیست و اثربخشی این اصل در جامعه به گسترش آن تا مرحلهٔ عملی وابسته است و در روایات کسانی‌که به سخن اکتفا می‌کنند مورد انتقاد قرار گرفته‌اند (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج۱۰، ۲۰۵).

از سوی دیگر امر و نهی حکام هم یکی از بخش‌های مهم این وظیفه است (ر.ک. ری شهری، ۱۴۰۴ق، ج۶، ۲۶۲، حدیث ش ۱۲۴۱۹) و به‌هیچ عنوان این وظیفه در رابطهٔ افراد با همدیگر محدود نشده است، بلکه در صورت وقوع منکری از حکام یا حدوث ظلم و بدعت و طغیان، برداشت سلاح برای مبارزه با آن هم واجب است (ابن میمون،۱۴۰۷ق، ۶۰۷ و ۶۶؛ تفتازانی، ۱۴۰۹ق، ۵؛ منتظری، بی‌تا، ج۱، ۵۹۳ به بعد) و فقها حق شورش علیه حاکم غیرعادل را با استناد به اصل امر به معروف و احادیثی از قبیل «لا طاعه لمخلوق فی معصیه الخالق» برای مکلفین ثابت و مسلم می‌دانند (لمبتون،۱۳۸۰، ۴۸۷؛ حلی، ۱۳۸۶ق، ۶۲۷؛ ابن البراج،۱۴۰۶ق، ج۲، ۴۶۷) و حتی برخی از پژوهشگران تلویحاً حق نهی از منکر را حقی فراقانونی و از حقوقی دانسته‌اند که حاکم نمی‌تواند آن را از شهروندان سلب یا برای آن حد و مرز تعیین کند (سروش، ۱۳۷۳، ۲۶۹) و برخی دیگر حتی تصدی آن را نیازمند إذن از سوی کسی ندانسته و گفته‌اند إذن عمل به امر به معروف را خدا به آن‌ها داده است، زیرا آن‌ها به تعبیر آیات و روایات (ر.ک. سورهٔ فاطر: ۳۹ و نور: ۵۵؛ ری‌شهری، ۱۴۰۴ق، حدیث ش ۱۲۳۸۶) جانشین خدا در زمین هستند (shafaa, 2004, 5-6).

چنین اظهار نظرها و چنین نگرش‌هایی به مسئلهٔ امر به معروف حتی اگر مسلم و موافق موازین فقهی و حقوقی باشد، از اصل امر به معروفْ اصلی فراقانونی و بسیار گسترده و غیرقابل کنترل و ضابطه‌ناپذیر می‌سازد که بر اساس آن بتوان هر قانونی را زیرپا گذاشت و برای حفظ پاره‌ای از ارزش‌ها، نظم اجتماع را که اعرف معروف‌ها و اشرف ارزش‌هاست برهم زد و بدین‌سان حفظ نظم و امنیت که به تعبیر بعضی از مؤلفان همان امر به معروف است (ر.ک. مقالهٔ «شهردار و شهروند در قرن هفتم هجری» در روزنامهٔ همشهری، ۱۹ دی ۱۳۸۱، ش ۲۹۵۲، ۱) به‌وسیلهٔ امر به معروف قربانی می‌شود و با چنین برداشتی، دست حاکم برای حفظ امنیت بسته شده، نفوذ و قاطعیت احکامش کاهش می‌یابد. زیرا بسیاری از

تصمیمات حاکمان که برای حفظ امنیت و آرامش جامعه اتخاذ می‌گردد، ممکن است از جهاتی با حکمی از احکام شرعی در تضاد باشد یا به تعطیلی موقت سنتی از سنت‌ها بینجامد که البته حاکم اسلامی چنین حقی را دارد که از باب قاعدهٔ «الاهم فالاهم» برای حفظ مصلحت جامعه و حفظ امنیت که از همه‌چیز مهم‌تر است دست به چنین اقداماتی بزند. ولی با چنان برداشتی از نهی از منکر این فریضهٔ اسلامی برای حاکمی که در صدد تأمین امنیت کشور است ایجاد مانع می‌کند، توجیهی برای سرپیچی از قوانین می‌شود (Ulrike freitage, 2005, 4)، بی‌نظمی و اغتشاش و هرج و مرج را تئوریزه می‌کند و جامعه را مدام در معرض حوادث و شورش‌ها قرار می‌دهد. چنین جامعه‌ای هیچ‌گاه روی آسایش و ثبات را نخواهد دید و درنتیجه از آرامش و سعادت و پیشرفت علمی و فرهنگی بویی نخواهد برد؛ به‌خصوص اگر در این میان افرادی باشند که با سوءاستفاده از این اصل برای تأمین اغراض سیاسی یا مادی خود دست به اعمالی بزنند و جنایت‌ها و سرقت‌ها و آشوب‌طلبی‌های خود را به نام امر به معروف بر جامعه تحمیل کنند (مطهری، ۱۳۴۸، ج۲، ۴۹ و ۷۳۴ و ۷۶۶) و اغلب اثبات جرم‌هایی از این قبیل و مشخص کردن اینکه آیا به‌راستی منکری رخ داده یا معروفی ترک شده یا اینکه امر به معروف بهانه‌ای برای آشوب بوده، بسیار دشوار است و اغلب این چنین پرونده‌هایی در هاله‌ای از ابهام مانده، مشمول گذر زمان می‌شوند.

اینکه در جمهوری اسلامی ایران امر به معروف در قوانین کشوری به‌عنوان یکی از عوامل موجه شدنِ جرم تصویب (ر.ک. مادهٔ ۳۱ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۶۱، بند ۳)، اما پس از مدت کوتاهی این قانون حذف می‌شود (در قانون مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۷۰، بند ۳ حذف گردیده است) و نیز رئیس جمهوری اسلامی ایران به دلیل احتمال اصطکاک و هرج و مرج در اجرای آن، تقاضای توقف قانون حمایت از آمران به معروف را می‌کند (نوبخت، ۱۳۹۶، کد خبر: ۴۶۰۷۹۸، خبرگزاری مشرق نیوز)، دلیلی است که امر به معروف می‌تواند بهانه‌ای برای فرصت‌طلبان باشد و اینکه نمی‌توان از آن به‌عنوان اصلی فراقانونی دفاع کرد و به آمران و ناهیان اجازه داد که به‌منظور نهی از منکر دست به کارهای غیرقانونی بزنند.

از سوی دیگر حتی اگر آمران به معروف بر حق بوده، به‌راستی برای وقوع منکر یا ترک معروفی دست به اعمالی زده باشند که موجب بروز اختلاف و نزاعی شده باشد، حاکمان نااهل می‌توانند آنان را به بهانهٔ اغتشاش و ایجاد بی‌نظمی یا با تنظیم شکایتی صوری از جانب فاعلان منکر به بند کشانده، به مجازات برسانند، زیرا اثبات وقوع منکر از روش‌های رسمی بسیار دشوار است، اما اثبات اقدام به ایجاد نزاع و درگیری بسیار آسان. چه بسیار مواردی که حاکمان نااهل برای سرکوب کردن یک جریان و نهضت مردمی افرادی را اجیر می‌کنند تا با همان شعارها و سخن‌ها به ایجاد ناامنی بپردازند و پس از آن به بهانهٔ جلوگیری از بی‌نظمی و اغتشاش با وانمود کردن این خرابکاران به جای انقلابیون، نهضت مردمی را سرکوب کرده، بر منکرات حکومت سرپوش می‌گذارند. مشابه همان چیزی که در ایام انقلاب در ایران توسط شاه مخلوع اتفاق افتاد و شاید بر همین اساس بود که امام خمینی تظاهرکنندگان را از شکستن شیشه‌های مؤسسات دولتی که پیش از آن مرسوم شده بود منع کرده، تقاضاهای همکاری ایشان با گروه‌های مسلح را رد می‌کردند و مبارزهٔ مسلحانه با رژیم شاه را مجاز نمی‌دانستند و صرفاً به مبارزهٔ فرهنگی و مسالمت‌آمیز می‌پرداختند و تا آخرین روزهای قبل از پیروزی و در حالی که رژیم شاه حکومت نظامی اعلام کرده بود و هرگونه تجمع بیش از سه نفر را سرکوب می‌کرد، اجازه مبارزهٔ مسلحانه صادر نمی‌فرمودند و صرفاً با اکتفا به مبارزهٔ فرهنگی و سیاسی انقلاب را به پیروزی رساندند.

در نظام جمهوری اسلامی ایران نیز متأسفانه قوانینی وجود دارد که اگر سیستم قضایی یا قوهٔ مجریه با امر به معروف یا آمران به معروف میانهٔ خوبی نداشته باشد به‌راحتی می‌تواند با استفاده از آن قوانین آن‌چنان آمران به معروف را در تنگنا قرار دهد که هیچ فرد دیگری ازآن پس جرأت این کار را به خود ندهد، زیرا عناوین مجرمانه‌ای در قوانین ایران مطرح شده که ابهام‌انگیز است و امر به معروف و نهی از منکر را می‌توان به‌راحتی از مصادیق آن دانست و مجازات‌های سنگینی برای آن‌ها درنظر گرفت که گاه از مجازات فاعل منکر به‌مراتب بیشتر است؛ مانند «تبلیغ علیه نظام»، «تضعیف نظام»، «تعرض به نوامیس»، «دخالت در امور دولت»، تشویش اذهان عمومی، مبارزه با نظام و حتی محاربه و افساد فی‌الارض (مواد ۱۳۰ و ۲۸۸ و ۲۸۶ و ۲۸۷ و ۶۹۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ش) و تلاش برای براندازی (مادهٔ ۵۰۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ش).

اینجاست که می‌توان دریافت که چرا امام علی (ع) مسلمانان را از برخورد فیزیکی با مخالفان منع می‌کردند.

اصحاب امام علی در جواب کسانی که ادعای سلونی قبل ان تفقدونی امام علی را باور نمی‌کردند و اتهام جهالت به آن حضرت می‌زدند، می‌خواستند آن‌ها را ادب کنند، ولی حضرت در پاسخ فرمود: رهایشان کنید و شتاب نکنید با عجله و خشونت حجت خدا قائم نمی‌شود و براهین خدا آشکار نمی‌گردد (ر.ک. مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج۱۰، ۱۲۶).

۱,۳. چاره‌جویی فقها در برابر خطر بی‌نظمی

از بررسی نظریه‌های فقهی مشخص می‌شود که اکثریت قریب به اتفاق علمای شیعه و سنی به احتمال خطر بی‌نظمی و هرج و مرج در اجرای انفرادی این وظیفه معترف‌اند و هرکدام به شکلی درصدد رفع این معضل برآمده‌اند، ولی اصل سخن همهٔ آن‌ها یکی است (رشید رضا، ۱۴۱۲ق، ج۴، ۲۴ و نیز ر.ک. Ulrike freitage, 2005, 3-4). یکی برای رفع مشکل بی‌نظمی اصل وجوب آن را انکار می‌کند (ر.ک. غزالی، بی‌تا، ۳۹۳-۳۹۰؛ جرجانی، ۱۳۲۰ق، ج۷، ۳۷۴-۱۵۰؛ نجفی، ۱۳۶۷ق، ج۲۱، ۳۸۳؛ ابن حزم، ۱۴۰۶ق، ج۴، ۱۷۱؛ علم الهدی، ۱۴۱۱ق، ۵۶۰-۵۵۹؛ حسینی، ۱۳۸۶ق، ۲۱۷؛ شیخ مفید، ۱۳۷۲ق، ۵۶؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق، ۱۵۰) و دیگری مرحلهٔ یدی آن را به إذن معصوم یا سلطان عادل مشروط می‌سازد (ر.ک. ابن بطه، ۱۴۰۹ق، ج۲، ۵۴۱؛ سجستانی، بی‌تا، ۲۷۸؛ لمبتون، ۱۳۸۰، ۷۵؛ ر.ک. زمخشری، بی‌تا، ج۱، ۳۹۸؛ نجفی، ۱۳۶۷، ج۲۱، ۳۷۹ به بعد) و سومی با ایجاد محدودیت‌های بسیار در حکم امر به معروف درصدد دفع آفات و عوارض ناشی از تعمیم آن بر می‌آید (ر.ک. ابن بطه، ۱۴۰۹ق، ج۲، ۵۴۱؛ سجستانی، بی‌تا، ۲۷۸؛ لمبتون، ۱۳۸۰، ۷۵) و یا به رفع وجوب این حکم در زمان حاضر می‌گراید (ر.ک. شیخ مفید، ۱۳۷۲ق، ۵۶؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق، ۱۵؛ حسینی، ۱۳۸۶ق، ۲۱۷؛ قاضی، ۱۳۸۴ق، ۱۲۴ و ۱۲۶ و ۱۴۸ و ۷۴۱؛ الجوینی، ۱۳۶۹ق، ۳۶۸).

همچنین از این‌گونه نظرها می‌توان فهمید که طعنه‌ای که بعضی علمای اهل سنت به شیعه به دلیل انکار جواز مرحلهٔ یدی امر به معروف زده‌اند (غزالی، ۱۳۵۲، بخش حسبه و امر

به معروف، ۱۹) صحت ندارد، زیرا مستند و دلیل علمایی که مرحلهٔ یدی امر به معروف را از سوی عموم مردم جایز ندانسته‌اند این بوده که هرج و مرج و فساد نظام پیش نیاید (ر.ک. نجفی، ۱۳۶۷، ج۲۱، ۳۸۳) و این چیزی است که از سوی خود مستشکلین هم در آثار دیگرشان مورد قبول قرار گرفته (ر.ک. غزالی، بی‌تا، ۳۹۳-۳۹۰) و از جانب برخی دیگر از علمای اهل سنت هم تأیید شده است (ر.ک. ناصری، ۱۹۹۷م، ج۳، ۹۷)؛ وگرنه درصورتی که احتمال هرج و مرج و اختلال نظام مطرح نباشد و امر به معروف و نهی از منکر بدون کار عملی و دخالت فیزیکی نتیجه‌بخش نباشد، بسیاری از علمای شیعه هم به جواز استفاده از مرحلهٔ یدی و ضرب و جرح اعتقاد دارند و کسانی که این وظیفه را صرفاً و در همهٔ شرایط، یک وظیفهٔ بیانی و زبانی بدانند، بسیار اندک‌اند (زمخشری، بی‌تا، ج۱، ۳۹۸؛ طوسی، ۱۴۰۰ق، ۳۹۸)، زیرا این عقیده برخلاف نصوص صریح و قاطعی است که امر به معروف را در همهٔ مراحلش مطرح می‌کند و گشادگی زبان را بدون گشادگی دست نمی‌پذیرد (ابن ابی الحدید، ۱۳۷۸ق، ج۱۹، ۳۰۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۳ق، ج۱۱، ۱۰۹، ۴۰۳ و ۴۰۴).

۲،۳. نمونه‌های تاریخی از بی‌نظمی

شلاق زدن برخی از آمران به معروف به جرم امر به معروف و کشته شدن بسیاری از آمران به معروف به دست حکام چه به‌حق بوده باشد چه ناحق، گواه از وجود همین آفت بی‌نظمی و هرج و مرج در روش انفرادی است و اینکه در هر صورت می‌تواند باعث تعارضاتی مشکل‌آفرین میان حکومت و آمران به معروف از سویی و میان آنان و مردم از سوی دیگر باشد؛ مانند درگیری میان آمران به معروف و اعاجم در بغداد در سال ۵۳۷ق که در آنجا قایق‌هایی که شراب حمل می‌کردند در نزدیکی مدرسه‌ای از مدارس طلاب در بغداد پهلو گرفتند و طلاب فقه نسبت به این مسئله موضع‌گیری کردند، اما اعاجم آن‌ها را کتک زدند و به این شکل درگیری آغاز شد (ابن جوزی، ۱۳۵۸ق، ج۱۸، ۲۶).

همچنین برای نمونه می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

- به‌دار کشیدن یحیی‌بن ذکریای محتسب از سوی منصور عباسی سال ۱۵۷ق (بغدادی، بی‌تا، ج۱، ۷۹).

- کشته شدن احمدبن طیب سرخسی محتسب بغداد به دست معتضد عباسی در سال ۲۸۳ یا ۲۸۶ق (مسعودی، ۱۳۵۶، ج۴، ۲۳۲) و موارد بسیار دیگر (برای اطلاع بیشتر، ر.ک. کتاب آقای احمد عزالدین البیابونی که ایشان افرادی را که در راه امر به معروف به شهادت رسیده‌اند شناسایی کرده و از سیرهٔ آن‌ها به عنوان مُثُل اعلای این فریضه یاد کرده است. نام کتاب «الامر به معروف و النهی عن المنکر» است. دارالسلام للطباعه و التوزیع و الترجمه، قاهره ۱۹۸۵م و ۱۴۰۵ق ط ۲۷).

«علت آن که در مصر، پس از تشکیل دولت جدید از یک قرن پیش تاکنون هیچ‌گاه به‌طور رسمی شغل (آمر به معروف) وجود نداشته و صرفاً مأمورین دولتی با عناوین و اشکال دیگر به برخی از این وظایف می‌پرداخته‌اند چنین بی‌نظمی‌ها و خشونت‌گرایی‌هایی است که اتفاق افتاده است.

کسی که رویدادهای دههٔ هفتاد و هشتاد را در دانشگاه‌های این کشور مورد بررسی قرار می‌دهد، در می‌یابد که گروه‌های امر به معروف با زور درصدد جلوگیری از منکرات بوده‌اند. حتی در شهر «اسیوط» کار به جایی می‌رسد که از زن و مردی که با هم راه می‌رفتند می‌خواستند که محرم بودن خود را ثابت کنند و اگر نمی‌توانستند ممکن بود مورد ضرب و شتم هم قرار بگیرند. در ضمن، گروهی نیز که به آن‌ها «خواهران» می‌گفتند تلاش داشتند دانشجویان دختر و استادان زن دانشگاه را به پوشش اسلامی ترغیب نمایند و درصورتی که ارشادها و راهنمایی‌های آن‌ها راه به جایی نمی‌برد سرزنش و اهانت وسیله‌ای بود که مورد استفاده قرار می‌گرفت. اعضای گروه‌های اسلامی در آن دوره بارها به برهم زدن جشن‌های دانشگاهی اقدام کردند زیرا معتقد بودند که در این مراسم اختلاط دختران و پسران و کارهای منکر صورت می‌پذیرد. شهرهای دانشگاهی در آن زمان صحنهٔ درگیری‌های دانشجویی میان جریان‌های گوناگون فکری و دانشجویان اسلام‌گرا بود و عامل این درگیری‌ها مسایلی بود که به اعتقاد اسلام‌گرایان منکر به حساب می‌آید و از این رو با استفاده از زور درصدد برمی‌آمدند جلوی آن را بگیرند. اعضای گروه‌های اسلامی در آن دوره به برخی از ویدئو کلوپ‌ها حمله کردند و آن‌ها را به آتش کشیدند و این حملات سروصدای زیادی به راه انداخت و دستگاه‌های دولتی را به واکنش وادار کرد» (باهر، بی‌تا، ۳۶).

۳,۳. راهکار رهایی از بی‌نظمی

برای رهایی از خطر بی‌نظمی می‌توان برخورد فیزیکی با متخلفان و استفاده از سلاح را مانند آنچه در جوامع بزرگ امروزی مطرح است در دولت مرکزی با تشخیص قانون و تصویب نمایندگان ملت منحصر کرد و وظیفهٔ گروه‌های مردمی را به تذکر لسانی و فعالیت رسانه‌ای و گزارش به مقامات مسئول محدود ساخت و این نظریه با فتوای علمای بسیاری که مرحلهٔ یدی امر به معروف را به إذن حاکم شرع مشروط کرده‌اند و پیش‌تر به آن اشاره شده است، تأیید می‌شود.

اصل ۳۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی نیز هرگونه مجازات و برخورد فیزیکی با متخلفان را فقط در صلاحیت دادگاه دانسته و به اشخاص دیگر اجازهٔ این کار را نداده است.

۴. تداخل با کار دولت

اگر امر به معروف وظیفهٔ تمامی افراد جامعه تلقی شود و هر فردی بدون إذن و نظارتی از حکومت حق داشته باشد به اجرای این فریضه بپردازد، سؤالی که پیش می‌آید این است که اگر در کشور تخلفی رخ می‌دهد چرا دولت پیگیری نمی‌کند؟ و اگر پیگیری می‌کند آمر به معروف چه نقشی دارد؟

اگر مصلحتی در عدم پیگیری وجود دارد که دولت به‌واسطهٔ آن مصلحت پیگیری را ترک کرده است، پس در پیگیری حسبه هم خیری نخواهد بود و اگر مصلحتی در ترک پیگیری نیست، وظیفهٔ دولت است که با منکرات مبارزه کند و حسبه حق دخالت ندارد. اگر وظیفهٔ حسبه، مبارزه با تخلفات سطحی و جزئی در گوشه و کنار خیابان‌ها و مسائلی در حد تخلفات سادهٔ اخلاقی است، این مطلب نیازمند همگانی کردن امر به معروف و بسیج عمومی جامعه نیست؛ مضاف بر اینکه چنین وظیفه‌ای با آنچه از امر به معروف فهمیده می‌شود سازگاری ندارد، زیرا هدف این اصل چیزی بسیار بیشتر از تذکرات اخلاقی و نصیحت‌های شفاهی است و در حدی است که گفته شده امر به معروف هدف تمامی ادیان (ری‌شهری،۱۴۰۴ق، ج۶، ۲۵۵، حدیث ش ۱۲۳۸۷) و موجب استواری دین و قوام شریعت است (ری‌شهری، ۱۴۰۴ق، ج۶، ۲۵۵، حدیث ش ۱۲۳۸۹ و ۱۲۸۸ و نیز ر.ک. حر عاملی،

۱۴۰۳ق، ج۱۱، ۳۹۷) و اگر وظیفهٔ آمران به معروف مبارزه با همهٔ منکرات کوچک و بزرگ است، این کار از توان این افراد بیرون است، زیرا مبارزه با تخلفات پیچیده و سازمان‌یافته مانند قاچاق و دزدی‌های بزرگ و باندهای بین‌المللی فحشا و مانند آن از کارهایی است که دولت‌های بزرگ هم از عهده‌اش بر نمی‌آیند تا چه رسد به گروه‌های مردمی، و به فرض هم که سازمان حسبه توان آن را داشته باشد با وظایف دولت در تداخل خواهد بود (وزارت کشور ایران، بی‌تا، ۴۹ و ۶۱ که از تداخل کار نیروی انتظامی (پلیس) با نیروهای محلی شکایت کرده است)، زیرا یکی از عمده‌ترین وظایف حکومت، حفظ امنیت و مبارزه با تخلفات بزرگ و تأمین سلامت و رفاه جسمی و روحی جامعه است و دخالت حسبه در این کار به معنی دولت در دولت است و زمینه‌ساز بی‌نظمی و هرج و مرج و سوءاستفاده خواهد شد.

آثار تاریخی به‌صراحت (لقبال، ۱۹۱۷م، ۲۵ و ۷۱) و آثار فقهی کهن با تلویح (ابن اخوه، ۱۴۰۹ق، ۵۳ به بعد؛ بصری ماوردی، ۱۴۰۶ق، ۹۶ و ۷۲-۶۷ و نیز ابن خلدون، ۱۳۵۲ق، ۲۲۶؛ ابراهیم،۱۳۷۰ق، ج۱، ۴۳۶؛ ابویعلی، ۱۴۰۳ق، ۹۰) درصدد تفکیک وظایف حسبه از وظایف سایر افراد مشابه چون قاضی و متطوع و مانند آن هستند. این‌گونه تلاش‌ها در تفکیک وظایف به‌طور ضمنی دلالت دارد و بر وقوع تداخل‌ها و بروز مشکلاتی از این ناحیه بر جامعهٔ اسلامی و نحوهٔ اجرای این دو فریضه تحمیل شده است. گواه آن است که در گذشته اختیارات و وظایف آمران به معروف به قدری زیاد بوده که تفکیک میان آن‌ها ایجاد اشکال کرده و گاه خطر طمع محتسب به اموال و آبروی مردم و سوءاستفاده از اختیارات را ایجاد کرده است. وقتی کتاب‌هایی مانند «احکام السلطانیه» و «معالم القربه» که تقریباً منبع بسیاری از محققان تاریخ حسبه و امر به معروف بوده و در بعضی از دوره‌ها منشور و ملاک عمل دایرهٔ حسبه قرار داشته است (پاکتچی، ۱۳۸۰، ج۱۰، ۲۰۶ مدخل امر به معروف و همین مدخل در بصری ماوردی ۱۴۰۶ق، ج۱، ۳۵۴)، بخش‌های مفصلی را به مرزبندی میان وظایف قاضی و حسبه از سویی، و حسبه و سایر آمران به معروف از سوی دیگر اختصاص می‌دهد، گواه این مطلب است که عدم تفکیک میان وظایف نهادهای مشابه مشکلاتی را به‌بار آورده و موجب تداخل وظایف و اختلال امور گردیده است و شاید به همین دلیل باشد که بعضی از علمای اهل سنت می‌کوشند امر به معروف را به امور اخلاقی اختصاص دهند (لمبتون، ۱۳۸۰، ۴۸۵) و وظیفهٔ نصیحت را جایگزین وظیفهٔ نهی از منکر سازند و در کتب

خود بحثی از امر به معروف را ذکر نکنند و به‌جای آن از وظیفهٔ نصیحت به‌عنوان وظیفهٔ عموم مردم نام ببرند (همان). گویی این بزرگواران برای پیشگیری از درگیری‌های سیاسی که از نتایج تداخل وظایف دولت و آمران به معروف است راه چاره را در این دیده‌اندکه بُعد مذهبی و نصیحت‌آمیز و اخلاقی امر به معروف را به عموم مردم واگذار کنند و بُعد عملی و پیچیدهٔ آن را در وظایف حکومت بگنجانند و بدین‌سان در مقابل دولت عملاً به عقب‌نشینی سازمان حسبه که متصدی امر به معروف بوده فتوا دهند و شاید گنجاندن مباحث امر به معروف در کتاب احکام السلطانیه و نگنجاندن آن‌ها در کتب فقهی که در آثار اهل سنت رایج است نیز اعتراف ضمنی به دولتی بودن حسبه و آفات روش‌های غیردولتی ازجمله حسبهٔ سازمانی باشد.

در جمهوری اسلامی ایران نیز وقتی پس از گذشت ۳۷ سال از پیروزی انقلابْ قانونی برای اجرای امر به معروف پس از چالش‌ها و اختلاف نظرهای فراوان در مجلس شورا تصویب می‌شود، قبل از ابلاغ، رئیس‌جمهور به دلایلی ازجمله تداخل کاری با دولت طی نامه‌ای به رهبر انقلاب متقاضی توقف اجرای این قانون می‌گردد (خبرگزاری ایرنا، ۱۵ اردیبهشت ۱۳۹۶) و این موضوع نیز تأییدی است که این تداخل آفتی است که به ذات امر به معروف بر می‌گردد و اختصاص به دولت‌های ناصالح قدیم ندارد.

– **راهکار رهایی از تداخل.** مشکل تداخل کاری با دولت و حکومت که پیش‌تر به آن اشاره شد زمانی به‌وقوع می‌پیوندد که آمران به معروف دقیقاً به اجرای اموری بپردازند که حکومت متصدی آن‌هاست. اما اگر آمران به معروف صرفاً نقش نظارتی داشته باشند و به صورت عملی در وظایف حکومت مداخله نکنند، این مشکل مطرح نخواهد بود. ولی این امر مستلزم آن است که آمران به معروف به صورت نهادینه و با هویت شناخته‌شده به فعالیت بپردازند تا این فریضهٔ دینی بهانه‌ای به دست فرصت‌طلبان مغرض ندهد که به بهانهٔ امر به معروف به اسرار و اطلاعات حکومتی دست پیدا کنند و از آن‌ها برای اهداف شوم خود استفاده کنند.

مطلب دیگری که برای حل مشکل تداخل باید مورد توجه قرار گیرد این است که گروه‌ها و تشکل‌ها آمر به معروف باید در حد کافی از اختیارات برخوردار باشند و به آن حق نظارت و پرسشگری داده شود و نهادهای حکومتی موظف به همکاری با آن‌ها شده باشند.

۵. تعارض حقیقت و مصلحت

با آنکه حفظ ارزش‌ها و دفع منکرات از اصول خدشه‌ناپذیر شریعت است، اما حفظ نظام و جامعهٔ اسلامی از نابودی و تشتت نیز از اصول اساسی و بلکه اساسی‌ترین اصل اسلام است و هرگاه حفظ نظام و بقای نظام اسلامی وابسته به تعطیل یا تأخیر اجرای حکمی از احکام اسلامی باشد، تعطیل یا تأخیر آن حکم نه‌تنها جایز بلکه واجب خواهد بود (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ج۲، ۱۸۴ و ۲۵۹) و مرجع تصمیم‌گیری در این مورد و تشخیص مصادیق مصلحت نظام هم تنها در صلاحیت حاکم اسلامی است.

با عنایت به این مسئله است که می‌توان پیش‌بینی کرد که اجرای همگانی امر به معروف با چه مشکلاتی مواجه خواهد شد. زیرا آنچه می‌تواند برعهدهٔ مردم گذاشته شود، احیای ارزش‌ها و امر به معروف است، نه تشخیص مصلحت و موارد تعطیل احکام. تشخیص مصلحت از وظایف حکومت است و آمران به معروف نه‌تنها چنین وظیفه‌ای ندارند، بلکه صلاحیت قانونی تشخیص این موضوع را هم نخواهند داشت، زیرا تشخیص مصلحت و ضرورت، احاطهٔ عمیق و همه‌جانبه در امور کشور را نیاز دارد و اطلاعات و تجربیاتی را می‌طلبد که تنها مسئولان طراز اول حکومت از آن برخوردارند و لذا هرگاه پای مصلحت و ضرورت درمیان آید، سازمان امر به معروف مثل هر فرد و نهاد دیگر چاره‌ای جز آن ندارد که مطیع و پیرو حاکم اسلامی و ولی امر مسلمین باشد.

اگر بنا باشد در هر گوشه و کنار مملکت هر نهاد و اداره و سازمانی مأموری از مأموران امر به معروف حاضر شوند و با مسئولان امر مشاجره کنند و در کار آن‌ها دخالت کنند و سد راه تصمیمات آنان شوند، هیچ کاری پیش نخواهد رفت و در روند اجرای امور که اغلب نیازمند سرعت و قاطعیت است، اختلال اساسی ایجاد خواهد شد و به قول مولا علی (ع): «لابُدَّ لِلنّاسِ مِن امیرٍ براًو فاجراً» (فیض‌الاسلام، ۱۳۵۱، خطبهٔ ۴۰) و «لا رَأیَ لِمَن لا یُطاعُ» (دشتی، ۱۳۷۸، خطبهٔ ۲۷ بند ۱۶؛ فیض‌الاسلام، ۱۳۵۱، خطبهٔ ۲۶).

تصمیم‌گیری و ادارهٔ مملکت نیاز به کشوری آرام و حاکمی مبسوط‌الید دارد؛ به‌خصوص در کشورهای مستقل اسلامی که مورد تهدید دشمنان بسیاری در داخل و خارج هستند؛ دشمنانی که منتظر بهانه‌اند تا زمام امور را به‌دست گیرند و بر مقدرات این کشورها مسلط

شوند. حال اگر امر به معروف سد راه قاطعیت و صلابت و سرعت عمل مسئولان باشد، درحقیقت سد راه استقلال کشور و مانع اجرای احکام دینی گردیده و این خود مصداقی از مصادیق منکر است و چنین امر به معروفی در حقیقت امر به منکر و ایجاد مانع برای حاکم اسلامی و مسئولان امر است، نه امر به معروف.

از سوی دیگر، اگر آمران به معروف در هرجا که حاکمان مصلحت بدانند دست نگه دارند و کوتاه بیایند، این مشکل پیش می‌آید که حاکمان به تشخیص خود در موارد مختلف، دانسته یا ندانسته به بهانهٔ مصلحت و حفظ نظام در کار اجرای امر به معروف ایجاد مانع کنند و برای پیشبرد اهداف سیاسی خود به اشکال گوناگون در کار امر به معروف دخالت کنند و به‌تدریج ترک اکثریت معروف‌ها و ارتکاب اکثر منکرها رواج پیدا کند و سازمان امر به معروف هم حق دخالت نداشته باشد و هرگاه دخالت کند به مخالفت با مصلحت کشور و اقدام علیه منویات حاکم و امنیت ملی و مانند آن متهم شود و روی هر مسئله‌ای انگشت بگذارد و نسبت به هر تخلفی واکنش نشان دهد به او گفته شود که این کار مصلحت نیست و بدین‌سان به‌تدریج از امر به معروف جز نامی باقی نمی‌ماند.

اگر تمام شاخ و برگ‌های امر به معروف با قیچی مصلحت چیده شود، چگونه می‌تواند احیاگر ارزش‌های دقیق و عمیق اسلامی باشد که یکی از اهداف آن است؟ و اگر نتواند احیاگر ارزش‌ها باشد از مسیر خود منحرف شده، نمی‌تواند رافع تکلیف و مسقط عذاب الهی باشد.

اگر حفظ مصلحت به‌گونه‌ای تعریف شود که نقش آمران به معروف را کم‌رنگ و از آن‌ها در اکثر موارد سلب صلاحیت کند و موجب معصوم‌انگاری حکومت شود، منکری به‌وقوع پیوسته است که نه‌تنها مطابق مصلحت جامعه و نظام نیست، بلکه مفسده‌اش از هر مفسدهٔ دیگری بیشتر است و به‌منزلهٔ بت شدن حکومت و نوعی بت‌پرستی بوده که انکر منکرات است و همهٔ ادیان با آن به مخالفت برخاسته‌اند.

«در اسلام هیچ احدی کریت و اعتصام ندارد و خود پیامبر هم می‌فرماید اگر من گناه کنم یا شرک بورزم از خدا می‌ترسم» (مطهری، بی‌تا، ۱۳۲) و خداوند تعالی در مورد ایشان

می‌فرماید اگر به ما چیزی نسبت دهد که خلاف واقع باشد، دست او را قطع می‌کنیم (سورهٔ الحاقه: ۲۴ و ۴۵) و امام علی (ع) می‌فرماید مشورت خیر را از من دریغ نکنید (فیض‌الاسلام، ۱۳۸۳، خطبهٔ ۲۰۷، ۶۸۷).

شاید وقوع این‌گونه وقایع و نظر به این‌گونه تجربیات تاریخی است که جامعه‌شناس مسلمان معاصر را بر آن می‌دارد که بگوید: «من نسبت به مصلحت عقده پیدا کردم و معتقدم هیچ چیز جز حقیقت مصلحت نیست» (شریعتی، ۱۳۷۸، ۷۹).

در جمهوری اسلامی ایران نیز با وجود تذکرات مکرر مقام معظم رهبری در مقاطع زمانی مختلف (برای نمونه، ر.ک. خامنه‌ای، ۱۳۸۰، سایت خبری آپارات و سایت تابناک، ۱۳۹۴، کد خبر: ۴۹۵۶۴۹) و به صورت مخفیانه و آشکار و رسانه‌ای شدن موضوع مفاسد اقتصادی در دولت و سایر نهادهای حکومتی هیچ اقدام جدی صورت نمی‌گیرد و در محافل خبری بارها از برخورد گزینشی با مفسدان (علی‌زاده، ۱۳۹۶، کد خبر: ۱۶۲۶) و مدارا با مفسدان (خامنه‌ای، ۱۳۹۷، https://khabarfarsi.com /u/56716613) سخن گفته می‌شود و این مطلب نشانگر آن است که تعارض حقیقت و مصلحت حتی در جمهوری اسلامی ایران نیز می‌تواند مماشات با مفسدان و چشم‌پوشی از ارزش‌ها و قربانی شدن حقیقت در پای مصلحت را به‌دنبال داشته باشد.

آنچه در عهد صفویان در ایران می‌بینیم که با وجود مذهبیت ظاهری حاکمان (جعفریان، ۱۳۷۵، ج۵، ۲۷) و تأسیس دوایر دولتی حسبه و امر به معروف، علما به جرم امر به معروف تبعید می‌شوند (جعفریان، ۱۳۷۵، ج۵، ۲۷) یا در لهستان لایحهٔ کلیسای کاتولیک برای محدود کردن رواج تصاویر مبتذل با وجود تصویب در دو مجلس لهستان، به بهانه‌های مصلحت‌جویانه از سوی رئیس‌جمهور این کشور وتو می‌شود (مقالهٔ «گسترش فساد در لهستان»، مجلهٔ ترجمان سیاسی، ۵۵)، همگی حکایت از آن دارند که اگر قدرت اصلی کشور به دست صالحان نباشد، امر به معروف سرنوشتی جز انزوا و اضمحلال نخواهد داشت. نمونه‌ای دیگر از مانع‌تراشی‌های مصلحت‌گرایانهٔ حاکمان برای امر به معروف، دستگیری یوسف البدری نمایندهٔ شاخص پارلمان مصر است که به دلیل تشکیل گروه امر به معروف در منطقهٔ عین حلوان دستگیر می‌شود و به این بهانه که گروه او با استفاده از زور قصد داشته‌اند

جلوی منکرات را بگیرند مورد محاکمه قرار می‌گیرد؛ درحالی که خود او منکر این اتهام شده و می‌گوید این ادعا دروغ است و واقعیت این بوده که دختر و پسر جوانی در مسجد او عمل زشتی را مرتکب شده‌اند و گروه او آن‌ها را تحویل پلیس داده است (باهر، بی‌تا، ۳۵).

– **راهکار رفع تعارض حقیقت و مصلحت**. برای رفع تعارض میان مصالح کلی و ارزش‌ها و هنجارهای ثابت جامعه شایسته است مصادیق معروف و منکر در هر صنفی از سوی علما و مراجع با همکاری کارشناس آن حوزه شناسایی شود و به‌عنوان شیوه‌نامهٔ نهادهای مردمی که عهده‌دار اجرای فریضهٔ امر به معروف هستند قرار گیرد و برای آنکه با مصالح کلی جامعه و نظام در تقابل نباشد در مجالس قانون‌گذاری و طی تشریفات قانونی به‌تصویب برسد.

مسئلهٔ تشخیص مصادیق یکی از مهم‌ترین چالش‌ها در اجرای امر به معروف است که از جهات مختلف قابل بررسی است و این نوشتار بیش از این گنجایش ندارد، ولی نگارندهٔ همین مقاله، چالش تشخیص مصادیق معروف و منکر را به‌عنوان یکی از مشکلات فراروی قانون حمایت از آمران به معروف در مقالهٔ مستقلی مطالعه کرده که در حال بررسی برای چاپ است.

۶. خطر اختلافات مذهبی

اگر رهبری سازمان حسبه به دست علمای دین باشد، به مدد علم و تجربه و تقوای فقیهان از افراط و تفریط‌ها در امان می‌ماند و به آفت ویرانگر عوام‌زدگی و کج‌فهمی و مانند آن گرفتار نمی‌شود. اما این نقطهٔ قوت از جهت دیگر می‌تواند یک نقطهٔ ضعف را برانگیزد و آن خطر اختلافات مذهبی است.

در جامعه‌ای که قدرت‌های متعدد محلی وجود دارد، آمر به معروف تنها با هم‌گرایی با قدرت‌های محلی می‌تواند به کار خود ادامه دهد و همین نکته در زمان‌های قدیم یکی از عوامل ضعف نهاد حسبه شمرده می‌شد، زیرا محتسبان در چنین شرایطی نمی‌توانستند در برابر منکرات والیان و صاحب‌منصبان محلی بایستند و بایستی وظایف خود را به رسیدگی به تخلفات عامهٔ مردم در کوچه و بازار محدود نموده، از تخلفات صاحب‌منصبان چشم‌پوشی می‌کردند (بادکوبه، ۱۳۸۰، ۹۱).

اختلافات مذهبی میان امیران آل بویه و خلیفگان عباسی نیز در طول تاریخ در ضعف نهاد حسبه بی‌تأثیر نبوده است؛ چنان‌که در انتخاب قاضیان این اختلاف‌ها بروز می‌کرد. بهاءالدوله در سال ۳۹۲ق ابو احمد موسوی (پدر شریف رضی و شریف مرتضی) را به نقابت علویان عراق، قاضی‌القضاتی، سرپرستی حاجیان و دیوان مظالم گمارد، اما خلیفهٔ قادربالله از تفویض منصب قاضی‌القضاتی او به سبب تشیع وی طفره رفت (بادکوبه، ۱۳۸۰، ۹۲).

در کتب مربوط به احکام حسبه توصیه می‌شود که محتسب بر اساس فتوای مراجع تقلید خود نباید حسبه کند، بلکه باید بنگرد که منکری که انجام شده است مطابق فتوای مرجع تقلید، فاعل آن چه حکمی دارد؟ (زمخشری، بی‌تا، ج۱، ۳۹۶؛ نجفی، ۱۳۶۷ق، ج۲۱، ۳۷۱-۳۶۹؛ امام خمینی، بی‌تا، ج۱، ۴۶۶).

این مطلب گواه آن است که احتمال بروز اختلافات مذهبی، فرقه‌ای و سلیقه‌ای در اجرای این وظیفه وجود داشته و آفاتی در حال بروز بوده که این بزرگواران را به بیان این گونه تذکرات واداشته است و همین تذکر مهم می‌تواند به‌عنوان راهکاری مناسب برای مدیریت اختلافات مذهبی در اجرای امر به معروف باشد؛ هرچند همین چالش بزرگ، خود می‌تواند به‌تنهایی موضوع تحقیقی مستقل قرار گیرد و از جهات حقوقی، اجتماعی و مذهبی بررسی شود.

نتیجه

«امر به معروف و نهی از منکر» و «حفظ ارزش‌ها» با وجود اهمیت فراوان نمی‌توانند از حفظ نظام و اصل دین که اعرف معروف‌ها هستند، مهم‌تر باشند؛ بنابراین به‌ناچار باید با درنظر گرفتن اولویت‌های نظام اسلامی و مصالح بزرگ‌تر به‌اجرا درآیند و آمران به معروف و حکومت و نظام اسلامی چاره‌ای ندارند جز آنکه فعالیت‌های خود را با هماهنگی همدیگر به‌اجرا درآورند و اگر چنین نباشد و نظام اسلامی و آمران به معروف همسو و همدل نباشند، نظام و امر به معروف به آسیب‌های مهمی گرفتار خواهد شد و به اضمحلال هرکدام از جانب دیگری خواهد انجامید و «عدم پاسخگویی»، «اختلال نظام»، «تداخل با کار دولت» و «تعارض حقیقت و مصلحت» و «خطر بروز اختلافات مذهبی» بخشی از این آسیب‌هاست. درعین‌حال، ضرورت هماهنگی امر به معروف با سیاست‌های حکومتی می‌تواند

به آفات دیگری منجر شود که بخشی از آن‌ها در ضمن این مقاله و بعضی در مقالات دیگـر از همین قلم بیان شده است (ر.ک. رضایی راد، ۱۳۸۹، ش ۲۱، ۱۳۵-۱۰۹).

امروزه شئون بسیاری از زندگی مردم در حیطهٔ اختیارات حکومت‌هاست و مهم‌ترین منکرات و اشکالات در حیطهٔ وظایف حکومت رخ می‌دهد و به این دلیل حکومتی کردن امر به معروف می‌تواند موجب ناتوانی این نهاد مهم اجتماعی در مهار مهم‌ترین منکرات و افسارگسیختگی حکومت‌ها باشد و در عمل به انزوا و بن‌بست گرفتار آید (همان).

شایسته است نهادهای مستقلی با حمایت حکومت و تضمین استقلال و آزادی آن‌ها در قانون اساسی کشور تعریف شود و تشکیلات و ساختار آن به‌گونه‌ای تنظیم گردد که ضمن هماهنگی با مصالح کلی کشور از انحرافات و خطاهای بخش‌هایی از حکومت تأثیر نپذیرد و امکان اصلاح و پیگیری برای رفع و جبران خطاهای آن بخش از نظام اسلامی را داشته باشد.

بر این اساس، پیشنهاد می‌شودکه این دو فریضه از سوی گروه‌ها و سازمان‌های مشخص با ساختارهای مستقل از حکومت با اساسنامه و مرامنامه‌های روشن و محدودهٔ کاری مشخص و هرکدام در حوزهٔ تخصصی خود و از سوی افراد آموزش‌دیده و متخصص و مجرب انجام شود که قدرت تشخیص مصادیق معروف و منکر را در زمینهٔ فعالیت خود داشته باشند و اولویت‌ها و روش‌های اجرایی را بشناسند و تمکن مالی و آزادی فعالیت مستقل و به دور از نفوذ حکومت و گروه‌ها را داشته باشند و شیوه‌های پرسش‌گری از این سازمان‌ها و نظارت بر آن‌ها در قانون پیش‌بینی شده باشد. مؤلف همین مقاله این نوع از امر به معروف را «امر به معروف سازمانی» می‌نامد و در آثار دیگر خود مبانی و محاسن و آفات آن را مورد بحث قرار داده است (ر.ک. رضائی راد، مقالهٔ «ضرورت سازمان در اجرای شریعت از منظر فقهی»، در حال چاپ در فصلنامهٔ علمی پژوهشی مطالعات اسلامی فقه و اصول دانشکدهٔ الهیات و معارف اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد).

همچنین پیشنهاد می‌شود فقها در مباحث فقهی، مبحث روش اجرای احکام و نتایج ناشی از اجرای احکام دینی را نیز بگنجانند و برای پیامدهای ناشی از اجرای نادرست احکام

و انحراف آن‌ها در مرحلهٔ عمل نیز چاره‌جویی کنند و احکام شرعی را به‌گونه‌ای تبیین و استنباط کنند که آن آسیب‌ها و موانع کاهش یابند یا ازبین بروند.

دلایل ضرورت روش‌شناسی و پیامدهای نامطلوب واگذاری روش‌شناسی اجرای احکام به غیر فقیهان در آثار دیگر از همین قلم به تفصیل مورد بررسی قرار گرفته است (ر.ک. مقالهٔ «ضرورت توسعهٔ موضوع دانش فقه به روش اجرای احکام» که در حال چاپ است).

منابع و مآخذ

الف) فارسی و عربی

۱. ***قرآن کریم***

۲. ***نهج‌البلاغه*** (۱۳۷۴)، مترجم: سید جعفر شهیدی، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.

۳. ابراهیم، حسن (۱۳۷۰ق)، ***تاریخ سیاسی اسلام***، مترجم: ابوالقاسم پاینده، تهران: انتشارات جاویدان.

۴. ابن ابی الحدید، عزالدین ابو حامدبن هبه‌الله (۱۳۷۸ق)، ***شرح نهج‌البلاغه***، محققِ: محمد ابوالفضل ابراهیم، المطبعه منشور مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، الناشر: دار احیاء الکتب العربیه.

۵. ابن اخوه، محمدبن احمد قریشی، (۱۴۰۹ق)، ***معالم القربه فی احکام الحسبه***، محققِ: محمود شعبان هیئه المصریه العامه للکتاب.

۶. ابن البراج، القاضی عبدالعزیز الطرابلسی (۱۴۰۶ق)، ***المهذب***، محققِ: جعفر سبحانی، قم: مؤسسهٔ النشر الاسلامی.

۷. ابن جوزی، عبدالرحمن‌بن علی (۱۳۵۸ق)، ***المنتظم فی تاریخ الملوک و الا مم***، بیروت: دارصادر.

۸. ابن حزم الاندلسی، ابی محمدعلی بن احمد (۱۴۰۶ق)، ***الفصل فی الملل والنحل والاهواء***، بیروت.

۹. ابن خلدون المغربی، عبدالرحمن (۱۳۵۲)، ***المقدمه ابن خلدون***، مترجم: محمد پروین گنابادی، تهران: بنگاه ترجمه و نشر کتاب تهران.

۱۰. ابن میمون، ابوبکر (۱۴۰۷ق)، ***شرح الارشاد***، محقق: احمد حجازی و احمد سقا، قاهره.

۱۱. ابویعلی، محمدبن حسین (۱۴۰۳ق)، ***الاحکام السلطانیه***، محقق: محمدحامد فقهی، بیروت: دارالکتب العلمیه .

۱۲. ابن بطه، عکبری، عبدالله (۱۴۰۹ق)، ***الابانه عن الشریعه الفرقه الناجیه***، ریاض.

۱۳. امام خمینی، سید روح‌الله موسوی (بی‌تا)، ***تحریر الوسیله***، قم: انتشارت قدس.

۱۴. بادکوبه هزاوه، احمد (۱۳۷۹)، ***حسبه درسرزمین‌های شرق اسلامی ازآغاز تا سقوط بغداد***، پایان‌نامهٔ دورهٔ دکترای دانشکدهٔ الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران، رشتهٔ تاریخ و تمدن.

۱۵. باهر، م (بی‌تا)، ***«امر به معروف در جهان عرب»***، مقاله‌ای ترجمه‌شده در *مجلهٔ ترجمان سیاسی*، شمارهٔ ۲۵.

۱۶. بصری ماوردی، ابی الحسن علی‌بن محمد حبیب و قاضی ابویعلی، محمدبن حسین الفراء (۱۴۰۶ق)، ***احکام السلطانیه و الولایات الدینیه***، مکتب الاعلام الاسلامی.

۱۷. البغدادی، الخطیب، احمدبن علی (بی‌تا)، ***تاریخ بغداد***، بیروت: دارالکتب.

۱۸. البیابونی، احمد عزالدین (۱۴۰۵ق)، ***الامر بالمعروف و النهی عن المنکر***، قاهره: دارالطباعه و الترجمه الطبعه الثانیه.

۱۹. پاکتچی، احمد (۱۳۸۰)، ***دائره المعارف بزرگ اسلامی***، تهران: بنیاد دایره‌المعارف بزرگ اسلامی.

۲۰. تفتازانی، مسعود (۱۴۰۹ق)، ***شرح المقاصد***، محقق: عبدالرحمن عمیره، بیروت.

۲۱. جرجانی، علی‌بن محمد (۱۳۲۰ق)، ***شرح المواقف***، محقق: بدرالدین نعسانی، قاهره.

۲۲. جعفریان، رسول (۱۳۷۵)، ***مقالات تاریخی***، قم: نشر الهادی.

۲۳. الجوینی، عبدالملک (۱۳۶۹ق)، ***الارشاد***، محقق: محمدیوسف موسی و علی عبدالعظیم عبدالمجید، قاهره.

۲۴. حرعاملی، محمدبن حسن (۱۴۰۳ق)، ***وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه***، تصحیح و تعلیقِ: عبدالرحیم الربانی الشیرازی، داراحیاء التراث العربی.

۲۵. حسینی، ابوالفتح (۱۳۸۶)، ***مفتاح الباب***، همراه باب حادی عشر علامهٔ حلی، به کوشش محمدمهدی محقق، مشهد.

۲۶. حلی، یحیی ابن سعید (۱۳۸۶ق)، ***نزه النواظر فی الجمع بین الاشیاء و النظائر***، محقق: احمد الحسینی نورالدین الواعظی، نجف اشرف: مطبعه الآداب.

۲۷. دشتی، محمد (۱۳۷۸)، ***نهج البلاغه ضمیمه شده به المعجم المفهرس***، چاپ هفدهم، قم: نشر امیرالمؤمنین.

۲۸. رضایی راد، عبدالحسین (۱۳۸۶)، ***امر به معروف در ترازوی تاریخ***، قم: بوستان کتاب.

۲۹. رضایی راد، عبدالحسین (۱۳۸۷)، ***امر به معروف در ترازوی عقل***، قم: بوستان کتاب.

۳۰. رضایی راد، عبدالحسین (زمستان ۱۳۸۹)، «دولتی شدن امر به معروف، پیامدها و راهکارها»، ***فصلنامهٔ علمی- پژوهشی پژوهشنامهٔ علوم سیاسی***، شمارهٔ مسلسل ۲۹، سال ششم، شماره۱.

۳۱. رضایی راد، عبدالحسین (در نوبت چاپ)، «ضرورت سازمان در اجرای شریعت از منظر فقهی»، ***فصلنامهٔ علمی پژوهشی مطالعات اسلامی فقه و اصول*** دانشکدهٔ الهیات و معارف اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد.

۳۲. رضایی راد، عبدالحسین (۲۰۲۰)، «نقش فقه در تبیین شیوه‌های اجرای احکام»، ***مجله فقه***، دوره ۲۶، شماره ۱۰۰، صص ۱۰۵– ۱۲۸.

۳۳. رشید رضا، محمد (۱۴۱۲ق)، ***تفسیرالمنار***، قم: مؤسسهٔ دارالکتاب.

۳۴. ری‌شهری محمدی، محمد (۱۴۰۴ق)، ***میزان الحکمه***، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.

۳۵. زمخشری، محمود (بی‌تا)، ***الکشاف***، بیروت: دارالمعرفه.

۳۶. ساکت، محمدحسین (۱۳۶۵)، ***نهاد دادرسی در اسلام***، مشهد: انتشارات استان قدس رضوی.

۳۷. ستاد احیای امر به معروف و نهی از منکر، ابلاغی ۲۲ خرداد ۱۳۹۵، دستورالعمل اجرایی قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر، ابلاغی ۲۲ خرداد ۱۳۹۵، شمارهٔ ابلاغیه ۹۹۲/۱.

۳۸. سروش، عبدالکریم (۱۳۷۳)، ***حکمت و معیشت***، تهران: مؤسسهٔ فرهنگی صراط.

۳۹. سجستانی، امام احمد ابی داود (بی‌تا)، ***مسائل***، محقق: محمد رشید رضا، بیروت: دارالمعرفه.

۴۰. شریعتی، علی (۱۳۷۸)، ***شیعه مجموعه آثار ۷***، بخش مسئولیت شیعه بودن، چاپ هفتم، نشر الهام دفتر تدوین و تنظیم آثار معلم شهید دکتر علی شریعتی.

۴۱. مقالهٔ «***شهردار و شهروند در قرن هفتم هجری***»، روزنامهٔ همشهری ۱۹، دی ۱۳۸۱، شمارهٔ ۲۹۵۲.

۴۲. شیخ طوسی (ابوجعفر محمدبن الحسن بن علی)، (۱۴۰۰ق)، ***الاقتصاد الهادی الی طریق الرشاد***، محقق: حسن سعید مکتبه جامع چهلستون، قم: مطبعه خیام.

۴۳. شیخ مفید (النعمان محمدبن محمد)، (۱۳۷۲)، ***اوائل المقالات***، محقق: مهدی محقق، تهران.

۴۴. طبری، محمدبن جریر (۱۴۰۷ق)، ***تاریخ الامم و الملوک***، بیروت: دارالکتاب العلمیه.

۴۵. علم‌الهدی، سید مرتضی علی (۱۴۱۱ق)، ***الذخیره***، محقق: احمد حسینی، قم.

۴۶. علی‌زاده (۱۳۹۶)، http://www.scpd.ir/azsh، کد خبر: ۱۶۲۶.

۴۷. غزالی، ابوحامد محمدبن محمد (۱۳۵۲ق)، ***احیاء علوم الدین***، مصر: مطبعه العثمانیه المصریه.

۴۸. غزالی، ابوحامد محمدبن محمد (بی‌تا)، ***کیمیای سعادت***، مهاباد: انتشارات سیدیان.

۴۹. فیض‌الاسلام، علینقی (۱۳۸۳)، ***ترجمه و شرح نهج البلاغه امام علی***، بی‌جا، بی‌نا.

۵۰. قاضی، عبدالجبار (۱۳۸۴ق)، ***شرح اصول خمسه***، محقق: عبدالکریم عثمان، قاهره.

۵۱. قدردان قراملکی، محمدحسن (۱۳۸۲)، ***آزادی در فقه و حدود آن***، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیهٔ قم.

۵۲. لقبال، موسی (۱۹۱۷م)، ***الحسبه المذهبیه فی بلاد المغرب العربی***، الجزائر: الشرکه الو طنیه للنشر و التوزیع.

۵۳. لمبتون، آن.کی.اس (۱۳۸۰)، ***دولت و حکومت در اسلام***، مترجم و محقق: سید عباس صالحی و محمد مهدی فقهی، تهران: چاپ و نشر عروج.

۵۴. مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۳ق)، ***بحار الانوار***، بیروت: مؤسسهٔ الوفاء

۵۵. مطهری، مرتضی (۱۳۴۸)، ***حماسهٔ حسینی***، چاپ اول، تهران و قم: انتشارات صدرا.

۵۶. مطهری، مرتضی (بی‌تا)، ***ده گفتار***، قم: انتشارات صدرا.

۵۷. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۵)، ***دائره المعارف فقه مقارن***، با همکاری جمعی از استادان و محققان حوزهٔ علمیهٔ قم مدرسه امام علی‌بن ابیطالب (ع)، قم، ایران.

۵۸. منتظری، حسینعلی (بی‌تا)، ***دراسات فی ولایه الفقیه وفقه الدوله الاسلامیه***، چاپ اول، قم: دارالفکر.

۵۹. ناصری، ابو العباس احمدبن خالد (۱۹۹۷م)، ***الاستقصاء لأ خبار الدول المغرب الاقصی***، محققانِ: جعفر ناصری و محمد ناصری، جلد سوم، الطبعه الأولی، قاهره: دار الکتاب دار البیضاء.

۶۰. نجفی، محمدحسن (۱۳۶۷)، ***جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام***، جلد ۲۱، محقق: عباس قوچانی، چاپ هفتم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

۶۱. وزارت کشور ایران (بی‌تا)، ***پلیس ایران***، بی‌جا، موجود در کتابخانهٔ دفتر تبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیهٔ واحد خراسان، مشهد.

ب) انگلیسی

62. Shafaat. A.commanding good and forbidding evil, HTTP:/saif. tripod.com/explore/dawah/.htm,13/2/2004.

63. Dr. Ulike. f, department of history SOAS History.

http://www.ur/welcome.htm 2005/1/16.

ج) سایت‌ها

۶۴. سایت آپارات https://www.aparat.com/v/otjQ3، 8/2/1394

۶۵. سایت تابناک http://www.tabnak.ir/fa/news/495649

۶۶. خامنه‌ای، بیانات آیت‌الله خامنه‌ای در مراسم تنفیذ حکم رئیس‌جمهوری وقت، ۱۱ مرداد ۱۳۸۰، http://farsi.khamenei.ir/speech-content?id=307

۶۷. خامنه‌ای، ۱۳۹۴، خبرگزاری ایرنا، www.irna.ir/fa/news/

۶۸. خامنه‌ای، ۱۳۹۷، https://khabarfarsi.com/u/56716613، کد خبر: ۵۶۷۱۶۶۱۳ الاداب.

نشریه علمی مطالعات حقوقی معاصر، سال دهم، شماره نوزدهم، پاییز و زمستان ۹۸، صفحات۱۵۷-۱۸۲

تاریخ دریافت: ۹۸/۰۳/۲۹ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۹/۰۴/۲۵

واکاوی موضع شورای امنیت سازمان ملل متحد در خصوص جنگجویان خارجی

حسن سواری[۱]
یونس صیدی[۲]
ناصر سرگران[۳]
فاطمه موسوی‌زاده جزایری[۴]

چکیده

اگرچه شورای امنیت سازمان ملل متحد یک نهاد سیاسی به‌شمار می‌رود، تصمیمات آن به دلیل الزام‌آور بودن بر تمام دولت‌های عضو به‌موجب مادهٔ ۲۵ منشور ملل متحد متضمن آثاری در عرصهٔ حقوق بین‌الملل به‌ویژه حقوق ضد تروریسم است. این امر به‌قدری مشهود است که برخی صاحب‌نظران در موضوع ضد تروریسم این شورا را قانون‌گذار جهانی تلقی می‌کنند. همواره شورای امنیت با صدور قطعنامه‌های مختلف جنبه‌های جدید موضوع تروریسم را مورد توجه قرار داده و تصمیماتی در خصوص هریک از مسائل مطروحه اتخاذ کرده است. یکی از مسائل جدید در حوزهٔ تروریسم، موضوع جنگجویان خارجی تروریست است.

مسئلهٔ حضور جنگجویان خارجی در مخاصمات مسلحانه موضوع جدیدی نیست، اما در سال‌های اخیر پیوستن جنگجویان خارجی به گروه‌های تروریستی این مسئله را برجسته ساخته است. به همین دلیل شورای امنیت سازمان ملل متحد در قطعنامه‌هایی ازجمله قطعنامهٔ ۲۱۷۸ به مسئلهٔ جنگجویان پرداخته است، اما چرا با وجود صدور این قطعنامه‌ها حضور جنگجویان در مناطق

۱. استادیار دانشگاه تربیت مدرس، تهران- ایران (نویسنده مسئول) h_savari80@yahoo.com
۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد دانشگاه تربیت مدرس، تهران- ایران yoones.seydi94@gmail.com
۳. دانش‌آموخته دانشگاه تهران، تهران- ایران nasersargeran@gmail.com
۴. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد دانشگاه قم، قم- ایران fateme.musavi99@gmail.com

درگیری ازجمله در سوریه متوقف نشده است؟ به‌نظر می‌رسد در این موضوع، قطعنامه‌های شورای امنیت به علت عدم شفافیت از کارایی لازم برخوردار نیستند. بنابراین نوشتهٔ حاضر با روش توصیفی- تحلیلی و با هدف شناسایی نقایص قطعنامه‌های شورا و ارائهٔ راهکارهایی در این خصوص پس از بررسی خاستگاه تاریخی و مفهوم جنگجوی خارجی با ارزیابی قطعنامه‌های ضد تروریسم شورای امنیت در مورد مسئلهٔ جنگجویان، موضع شورا را در این خصوص تحلیل نموده است. درنهایت این نوشته مبین ناکارآمدی تصمیمات شورای امنیت در موضوع تروریسم به‌ویژه جنگجویان خارجی است.

واژگان کلیدی: تروریسم، جنگجوی خارجی، جنگجوی خارجی تروریست، شورای امنیت، مخاصمهٔ مسلحانه.

مقدمه

همواره مخاصمات مسلحانه شاهد حضور و مشارکت افرادی از سراسر جهان هستند که با انگیزه‌های مادی در مخاصمهٔ موردنظر شرکت می‌کنند. درصورتی که افراد یادشده دارای انگیزهٔ غیرمادی بوده، فاقد تابعیت دولت‌های محل درگیری باشند و مقیم کشورهای یادشده نباشند، جنگجوی خارجی شمرده می‌شوند. باید توجه داشت مسئلهٔ جنگجویان خارجی موضوع جدیدی نیست، اما در پرتو تحولات عصر حاضر جنبه‌های جدیدی پیدا کرده است. از جنبه‌های جدید این مسئله، پیوستن جنگجویان خارجی به گروه‌های تروریستی و انجام اعمال تروریستی است. این موضوع که در جریان مخاصمهٔ عراق و سوریه به‌ویژه پس از ظهور داعش برجسته شد، تهدیدی فزاینده علیه همهٔ کشورها و جامعهٔ بین‌المللی به‌شمار می‌رود. شورای امنیت به‌عنوان عالی‌ترین نهاد اجرایی سازمان ملل متحد در سال ۲۰۱۴م با صدور قطعنامهٔ ۲۱۷۸ که به صورت خاص به مسئلهٔ جنگجویان خارجی می‌پردازد، این موضوع را مورد توجه قرار داده است. شورا از این جنگجویان با عنوان بی‌سابقهٔ «جنگجویان خارجی تروریست» نام می‌برد. در این قطعنامه، شورا علاوه بر تعریف جنگجویان خارجی تعهداتی بر دولت‌ها تحمیل می‌کند. افزون بر این قطعنامه، شورای امنیت در قطعنامهٔ ۲۱۷۰ نیز به صورت کلی به مسئلهٔ جنگجویان خارجی پرداخته است. به‌نظر می‌رسد صدور این قطعنامه‌ها تأثیر چندانی در مقابله با مسئلهٔ جنگجویان خارجی نداشته است، زیرا هنوز شاهد

حضور این جنگجویان در مناطق درگیری ازجمله در عراق، سوریه و لیبی هستیم. این امر سبب ایجاد تصوری مبنی بر ناکارآمدی قطعنامه‌های شورای امنیت در خصوص جنگجویان خارجی می‌شود. بنابراین باید بررسی گردد که چرا این قطعنامه‌ها از تأثیرگذاری چشمگیری در مقابله با این جریان برخوردار نیستند.

۱. از تروریسم تا جنگجوی خارجی

در حال حاضر تروریسم موضوعی است که توجه همهٔ کشورها و نهادهای بین‌المللی را به خود جلب کرده است. این موضوع به حدی فراگیر شده که تقریبا با همهٔ جنبه‌های زندگی بشر مرتبط است. یکی از عواملی که مبارزه با مسئلهٔ تروریسم را دشوار می‌سازد، پویایی آن است. نظر به این امر، همواره شاهد ظهور جنبهٔ تازه‌ای از تروریسم هستیم؛ برای مثال یکی از جنبه‌های تازهٔ این مسئله حضور جنگجویان خارجی از سراسر جهان در کنار تروریست‌هاست که توجه بسیاری از اندیشمندان را به خود جلب کرده است.

۱,۱. مفهوم‌شناسی و خاستگاه تاریخی

قبل از هرگونه تحلیل در خصوص موضع شورای امنیت در مورد جنگجویان خارجی باید ریشه‌های تاریخی این موضوع و مفهوم جنگجوی خارجی مشخص شود تا درک بهتری از این مسئله حاصل گردد و توانایی تحلیل بهتر در خواننده ایجاد شود.

۱,۱,۱. خاستگاه تاریخی

مسئلهٔ جنگجویان خارجی موضوع جدیدی نیست و در قرن‌های گذشته نیز چنین افرادی در مخاصمات مسلحانهٔ مختلف حضور داشته‌اند؛ برای مثال شاعر انگلیسی لرد بایرون در دههٔ ۱۸۲۰ در یونان جنگجوی خارجی بوده است (Global Center on Cooperative Security, 2014, 1). افزون بر این در طول تاریخ مثال‌های متعددی از حضور جنگجویان خارجی در مخاصمات وجود دارد که طیفی از گروه‌های گسترده و سازماندهی‌شده تا موارد شخصی و انفرادی را دربر می‌گیرد (Bakker, Singleton, 2016, 1)؛ از جملهٔ این موارد جوانان کاتولیک بودند که به فراخوان پاپ پیاس ایکس و برای کمک به وی در مبارزه علیه وحدت‌گرایان ایتالیایی در دههٔ ۱۸۶۰م شرکت کردند (Ibid). در میان سایر افراد، هزاران

جنگجوی خارجی برای جنگ علیه سربازان به رهبری‌گاری بالدی و ویکتور امانوئل عازم ایتالیا شدند (Ibid). به‌علاوه در جریان جنگ داخلی اسپانیا بسیاری از شهروندان خارجی در دسته‌های بین‌المللی دوشادوش جمهوری‌خواهان علیه حکومت ژنرال فرانکو به جنگ پیوستند. تخمین‌ها حاکی از حضور ۳۲ هزار جنگجوی خارجی در این درگیری‌ها است که عمدتاً به علت ماهیت بین‌المللی متفاوت ایدئولوژی‌های چپ‌گرایانهٔ جمهوری‌خواهان بود (Hegghammer, 2013, 3). در دههٔ هفتاد نیز برخی از اشخاص در کمپ‌های آموزشی سازمان آزادی‌بخش فلسطین شرکت کردند (Bakker, Singleton, opcit, 11). سایر جنبش‌های آزادی‌بخش مانند کنگرهٔ ملی افریقا نیز تعداد محدودی از اشخاص را با هدف پیوستن به مبارزه جذب کردند (Ibid). همچنین در جنگ شوروی در افغانستان در سال ۱۹۷۸–۱۹۹۹ تقریبا ۲۰ هزار جنگجوی خارجی حضور داشتند (Sinkkonen, 2015, 3). ازجمله جنگجویان حاضر در مخاصمهٔ یادشده، اسامه بن لادن بود که شبکهٔ تروریستی القاعده را تشکیل داد. جنگجویان حاضر در مخاصمهٔ افغانستان بعدها با استفاده از تجربه‌های این درگیری، در جنگ‌های بوسنی و چچن نقش مهمی داشتند (Ibid). پس از جنگ بوسنی و چچن حضور جنگجویان خارجی در مخاصمات مسلحانه کاهش یافت و این مسئله تقریبا به مسئله‌ای فراموش‌شده تبدیل گشت. اما در سال ۲۰۱۱م با شروع جنگ داخلی در سوریه و به‌ویژه ظهور داعش در تابستان سال ۲۰۱۴م، بار دیگر مسئلهٔ جنگجویان خارجی برجسته شد (Bakowski, Puccio, 2015, 2). به عقیدهٔ کمیتهٔ بین‌المللی صلیب سرخ[1]در نیمهٔ دوم سال ۲۰۱۴م، تعداد مبارزان خارجی در سوریه و عراق متجاوز از ۲۰ هزار نفر بوده است (کارگری و حیدری‌فرد، ۱۳۹۳، ۱۸۳). امروزه انتظار می‌رود با وجود تکنولوژی‌های ارتباطی پیشرفته و تبلیغ ایدئولوژی‌های مختلف از طریق تکنولوژی‌های یادشده، تهدید فزایندهٔ ناشی از حضور جنگجویان خارجی در مخاصمات مسلحانه، به‌ویژه با پیوستن این جنگجویان به گروه‌های تروریستی، روزبه‌روز گسترش یابد؛ بنابراین مقابله با این مسئله باید در دستور کار نهادهای بین‌المللی و کشورها قرار گیرد.

1. International Committee of the Red Cross

۲,۱,۱. مفهوم جنگجوی خارجی

مالت جنگجویان خارجی را غیرشهروندان دولت‌های درگیر که به شورشیان طی جنگ داخلی می‌پیوندند، تعریف می‌کند (Malet, 2013, 9). وی آن‌ها را به دو علت از مزدوران و از پرسنل شرکت‌های امنیتی و نظامی خصوصی متمایز می‌سازد؛ اول اینکه در بیشتر موارد مزدوران یا شرکت‌های امنیتی و نظامی خصوصی از سوی حکومت‌ها استخدام می‌شوند- نه شورشیان- و زمانی که آن‌ها به‌وسیلهٔ نهادهای خصوصی مانند شرکت‌های چندملیتی به‌کار گرفته می‌شوند، استخدام آن‌ها از سوی دولت ممنوع نشده است. دوم، جنگجویان خارجی به‌طور عادی برای دستیابی به مادیات برانگیخته نشده‌اند. هگامر[۱] تعریف مشابهی ارائه می‌دهد که در ماهیت، جنگجویان خارجی را به‌عنوان اشخاصی تعریف می‌کند که به یک شورش در خارج ملحق شده‌اند و انگیزهٔ اصلی آن‌ها به جای مسائل مالی، مسائل مذهبی یا ایدئولوژیک است.

مرکز بین‌المللی مقابله با تروریسم[۲] نتیجه گرفته است که شهروند بودن جنگجویان خارجی فی‌نفسه یک معیار مناسب برای فرض کردن یک جنگجوی خارجی نیست، زیرا در موارد بسیاری جنگجویان یادشده ممکن است شهروندان اروپایی شمرده شوند، در عین حال، بخشی از یک جامعهٔ گسترده‌تر یا نسلی از مهاجران باشند (Hennessy, 2012, 2). هگامر در مطالعهٔ خود در خصوص تهدید تروریسم مطرح‌شده از سوی جنگجویان خارجی، به‌صراحت از تعریف خود که شامل داوطلبان جنگ نژادی (برای مثال امریکایی- عراقی‌هایی که قصد رفتن به عراق را دارند) می‌باشد، فاصله گرفته است (Hegghammer, opcit, 1). ذکر این نکته مهم است که اصطلاح جنگجویان خارجی عموماً برای تعیین اشخاصی استفاده می‌شود که از طرف شورشیان در کشوری که با آن پیوندی (تابعیت، اقامت یا شهروندی) ندارند، می‌جنگند یا آموزش می‌بینند (Malet, opcit, 8).

با وجود هم‌پوشانی و تأثیر و تأثر میان مفاهیم جنگجوی خارجی و جنگجوی آموزش‌دیده در خارج، پدیدهٔ جنگجویان خارجی نباید با همانندسازی مفهوم جنگجویان خارجی با جنگجویان آموزش‌دیده در خارج ساده گرفته شود.

---

۱ Hegghammer

۲ International Centre for CounterTerrorism

سرانجام متخصصان حقوقی آکادمی ژنو در تحقیق مربوط به جنگجویان خارجی، جنگجوی خارجی را به این صورت تعریف کرده‌اند:

«یک جنگجوی خارجی شخصی است که کشور اصلی یا عادتاً محل اقامت خود را برای پیوستن به یک گروه مسلح غیردولتی در یک مخاصمهٔ مسلحانه در خارج ترک می‌کند و این شخص اصولاً از طریق ایدئولوژی، مذهب و یا نژاد برانگیخته می‌شود. این مفهوم اشخاصی را که با دولت درگیر به شکلی از شهروندی یا نژادی پیوند دارند به‌عنوان جنگجوی خارجی قلمداد نمی‌کند» (Academy Briefing NO. 7, 2014, 6).

این تعریف تمرکز بر آن دسته از جنگجویان خارجی را که مشارکت‌هایی در یک مخاصمهٔ مسلحانه دارند حفظ می‌کند؛ به‌علاوه این تعریف جنگجویان خارجی را با جنگجویان آموزش‌دیده در خارج تلفیق نمی‌کند. درنهایت تعریف یادشده این موضوع را تأیید می‌کند که انگیزهٔ اصلی آن‌ها ایدئولوژی، مذهب یا نژاد بوده، درآمد مادی نیست. جنگجویان خارجی ممکن است دستمزد بگیرند، اما آن‌ها از مزدوران متمایز شده‌اند (درحقیقت برخی گروه‌های مسلح مانند طالبان و داعش از روی بخشش به جنگجویان خود پرداخت‌های مادی دارند) (Ibid, 5-7).

با وجود مزایای یادشده تعریف پیش‌گفته دارای معایبی است. این تعریف بر عنصر قصد مسافرت به مناطق درگیری به‌منظور شرکت در مخاصمهٔ مسلحانهٔ موردنظر تأکید دارد.

این مفهوم از قسمت اول تعریف که از عبارت «برای ملحق شدن به یک گروه مسلح غیردولتی» استفاده کرده است، برداشت می‌شود. حال آنکه می‌دانیم در مخاصمهٔ کنونی عراق و سوریه جنگجویانی وجود دارند که قصد اولیهٔ آن‌ها شرکت در این مخاصمه نبوده است و حتی در برخی از موارد این افراد به قصد کمک بشردوستانه به این دو کشور سفر کرده‌اند و پس از حضور در این دو کشور بنا به اوضاع و احوال، به شرکت در مخاصمهٔ مسلحانه ترغیب شده‌اند (Briggs Obe, Silverman, 2014, 13).

به‌علاوه این تعریف فقط افراد ملحق‌شونده به گروه‌های غیردولتی را جنگجوی خارجی تلقی می‌کند، درحالی که در مخاصمهٔ کنونی عراق و سوریه که تا زمان نوشتن این مطلب

پرجاذبه‌ترین مخاصمه برای حضور جنگجویان خارجی است، جنگجویانی از برخی کشورها مثل ایران، یمن، هندوستان و... شرکت دارند که به طرف‌داری از حکومت‌های این دو کشور در حال جنگیدن هستند.

ظهور داعش در عراق و سوریه و به‌دنبال آن حضور جنگجویانی از کشورهای مختلف در کنار این گروه و همچنین انجام برخی عملیات تروریستی در مناطق مختلف جهان ازجمله اروپا که جنگجویان بازگشت‌کننده از سوریه و عراق ظاهراً این عملیات را انجام داده بودند، باعث شد که شورای امنیت سازمان ملل با صدور قطعنامه‌های ۲۱۷۰ و ۲۱۷۸ مفهوم جدید جنگجویان خارجی تروریست را وارد ادبیات حقوق بین‌الملل نماید. قطعنامهٔ ۲۱۷۸ شورای امنیت، جنگجویان خارجی تروریست را به این شرح تعریف می‌کند: «افرادی که به دولتی جز دولت محل اقامت یا متبوع خود با هدف ارتکاب، برنامه‌ریزی یا آماده‌سازی یا مشارکت در اقدامات تروریستی یا فراهم کردن یا آموختن آموزش تروریستی ازجمله در ارتباط با مخاصمات مسلحانه مسافرت می‌کنند و تصمیم به مد نظر قرار دادن این تهدید دارند» (Security Council Resolution 2178, 2014). قطعنامهٔ ۲۱۷۸ فاقد تعریفی از تروریسم است و از یک تعریف نسبتاً مبهم در خصوص جنگجویان خارجی تروریست استفاده کرده است که می‌تواند تروریسم و حقوق بشردوستانهٔ حاکم بر مخاصمات مسلحانه را درهم بیامیزد. استدلال شده است که این قطعنامه از طریق عبارتِ «ازجمله اعمال ارتکاب‌یافته در رابطه با مخاصمهٔ مسلحانه» بدون محدود کردن به شرطی در خصوص اعمال ممنوع‌شده از طریق حقوق بین‌الملل بشردوستانه[1] اعمال تحت حاکمیت این حوزه را به اقداماتی تروریستی تبدیل کرده است (Academy Briefing No. 7, opcit, 42). از سوی دیگر، این تعریف ممکن است به‌گونه‌ای تفسیر شود که جنگجویان خارجی را به‌عنوان اشخاصی با هدف تروریستی خاص که هدف موردنظر را در دوران صلح کشورها یا در حوزهٔ مخاصمات مسلحانهٔ واقعی اجرا می‌کنند، مشخص سازد (Global Center on Cooperative Security, opcit, 10). این مسئله به آن معنا خواهد بود که هدف تروریستی باید همیشه فعلیت داشته باشد. این دیدگاه‌های مخالف نشان می‌دهد که آشکارا فقدان شفافیت در تعریف وجود دارد که می‌تواند به‌طور بالقوه موجب مشکلاتی برای قانون‌گذاری و قضاوت ایجاد نماید (Ibid).

1. International Humanitarian Law

افزون بر این، تعریف پیش‌گفته نیز همان ایرادات مربوط به تعریف آکادمی ژنو در خصوص تکیه بر قصد مسافرت و پیوستن به گروه‌های غیردولتی را به ذهن متبادر می‌سازد.

به نظر نگارندگان این مقاله، آنچه در تعریف جنگجویان خارجی اهمیت دارد تنها دو عاملِ خارجی بودن یعنی نداشتن رابطهٔ تابعیت یا نبود اقامتگاه فرد جنگجو در کشور یا کشورهای محل درگیری، و داشتن انگیزه‌های غیرمادی از قبیل انگیزه‌های نژادی، مذهبی و ایدئولوژیک است.

با توجه به این دو عامل، جنگجوی خارجی را می‌توان به شکل زیر تعریف کرد:

«جنگجوی خارجی فردی است که با انگیزه‌های غیرمادی از قبیل انگیزه‌های ایدئولوژیک، مذهبی و نژادی در مخاصمات مسلحانه در کشوری غیر از کشور متبوع یا کشور عادتاً محل اقامت خود شرکت می‌کند».

۲,۱. وضعیت حقوقی جنگجویان خارجی در مخاصمات مسلحانه

در یک نبرد، حقوق قابل اعمالْ تابعی از نوع مخاصمه است (خلف رضایی، ۱۳۹۸، ۲۶۲). ازاین‌رو، وضعیت حقوقی جنگجویان خارجی در مخاصمات مسلحانهٔ بین‌المللی و غیربین‌المللی را باید مورد بررسی قرار داد.

۱,۲,۱. وضعیت جنگجویان خارجی در مخاصمات بین‌المللی

کنوانسیون سوم ژنو متضمن تعریفی در خصوص رزمنده نیست، اما این کنوانسیون حاوی معیارهایی است که باید از سوی هر شخص متمایل به کسب وضعیت اسیر جنگی رعایت شود (Sommari, 2016, 147). به‌علاوه کنوانسیون یادشده حاوی هیچ ضابطه‌ای در خصوص ممانعت از اکتساب وضعیت رزمنده و درنتیجه وضعیت اسیر جنگی از سوی اتباع خارجی نیست (Henckaerts and Doswald-Beck, 2005, 393). اگرچه برخی از مقررات این کنوانسیون به ذهن متبادر می‌کنند اشخاصی که در دست دشمن هستند و خواستار وضعیت اسیر جنگی می‌باشند باید تابعیتی متفاوت از کشور اسیرکننده داشته باشند، ولی هیچ مقرره‌ای در خصوص منع اتباع خارجی (افرادی که تبعهٔ کشور دشمن نیستند) از حق شناسایی به‌عنوان اسیر جنگی در عهدنامهٔ اخیر درج نشده است (Sommari, opcit, 147).

افزون بـر ایـن، پروتکـل اول الحـاقی بـه کنوانسـیون‌های ژنـو نسـبت بـه جنگ‌هـای آزادی‌بخش ملی نیز اعمال می‌شود. این امر باعث می‌شود تـا شـرایط لازم بـرای اکتسـاب وضعیت رزمنده به‌منظور تحت پوشش قرار دادن جنبش‌های آزادی‌بخش ملی تعـدیل یابـد، زیرا تمامی آن‌ها از توانایی یا تمایل به متابعـت از اسـتانداردهای موجـود نـاظر بـر تمـایز از جمعیت غیرنظامی برخوردار نیستند (Sommari, opcit, 147,151).

در تحلیل ما مسئلهٔ یادشده از اهمیـت قابـل ملاحظـه‌ای برخـوردار اسـت، زیـرا بـه‌نظر می‌رسد گروه‌های جنگجوی خارجی جنگ چریکی را به تاکتیک‌های نظـامی سـنتی تـرجیح می‌دهند (Colgan, Hegghammer, 2011, 6). پروتکل الحاقی به‌صراحت وضعیت ثانویهٔ اسیر جنگی را به وضعیت اولیهٔ رزمنده مشروط می‌سازد (سـیاه رسـتمی و همکـاران، ۱۳۸۹، ۳۵۶؛ داعی، ۱۳۸۷، ۹۴). رزمندگان از امتیاز شرکت در مخاصمات برخوردارند کـه بـدون آن به دلیل شرکت در مخاصماتْ مورد تعقیب قرار می‌گیرند (زمانی و ساعد، ۱۳۸۷، ۱۰۹).

درنهایت خواه وضعیت اعضای چنین گروهی بر اساس کنوانسیون سوم ژنو ارزیابی گردد یا به‌موجب پروتکل الحاقی اول بررسی شود، لازم است بر این نکته تأکید گردد که انتسـاب وضعیت رزمنده از سوی مقامات نظامیِ قدرت بازداشت‌کننده نباید به صورت شتاب‌زده انجام پذیرد. ازآنجا که عدم اعطای وضعیت اسیر جنگی به‌طور بالقوه پیامدهای قابـل ملاحظـه‌ای برای رزمندگان خواهد داشـت، چنـین تصـمیماتی بایـد مطـابق بـا مقـررات بنـد ۲ مـادهٔ ۵ کنوانسیون سوم ژنو و بند ۱ مادهٔ ۴۵ پروتکل الحاقی اول باشد. به‌موجب این مقررات چنـین تصمیماتی باید از سوی یک دادگاه صالح اتخاذ گردد (سیاه رستمی و همکاران، همـان، ۱۸۹ و ۳۵۸).

۲،۲،۱. وضعیت جنگجویان خارجی در مخاصمات غیربین‌المللی

در مخاصمات مسلحانهٔ غیربین‌المللی جنگجویان خـارجی ممکـن اسـت بـه گروه‌هـای شورشی یا نیروهای مسلح دولتی که مخاصمه در سـرزمین آن واقـع شـده اسـت بپیوندنـد. نخست باید تأکید شود که هیچ وضعیت خاصی در خصوص جنگجویانی که علیـه حکومـت متصدی سلاح به‌دست می‌گیرند مقرر نشده است. در صـورت عـدم برخـورداری از وضـعیت

رزمنده یا اسیر جنگی در چنین مخاصماتی، اشخاصی که علیه دولت موردنظر شورش کرده‌اند احتمال دارد به‌عنوان مجرمان عادی، مبتنی بر حقوق داخلی دولت بازداشت‌کننده، توقیف، محاکمه و مورد حکم قرار گیرند (Henckaerts and Doswald-Beck, opcit, 611). همچنین اگرچه داشتن تابعیت خارجی ممکن است در رفتار قضایی با شخص اسیر نقش ایفا کند، زمانی که شورشیان دارای تابعیت خارجی باشند این اصول صحیح قلمداد می‌شوند.

شرح ICRC در بحث از قابلیت اجرای مادهٔ ۳ مشترک تصدیق می‌کند که این ماده یک شخص شورشی را که به‌وسیلهٔ طرف مقابل اسیر شده است حتی اگر عملی جز حمل سلاح و مبارزهٔ وفادارانه مرتکب نشده باشد، از تعقیب قانونی مصون نمی‌دارد (Sommari, opcit, 154). اما آیا ضابطهٔ تابعیت بر نحوهٔ رفتاری که باید نسبت به شخص موردنظر اتخاذ گردد تأثیر می‌گذارد؟ مادهٔ ۳ مشترک مقرر می‌دارد:

«۱- با کسانی که مستقیماً در جنگ شرکت ندارند شامل افراد نیروهای مسلحی که اسلحه به زمین گذاشته باشند و کسانی که به علت بیماری یا زخم یا اسارت یا هر علت دیگری قادر به جنگ نباشند، باید در همهٔ احوال بدون هیچ‌گونه تبعیضی که ناشی از نژاد، رنگ، عقیده، جنس، اصل و نسب یا هر علت مشابه آن باشد با اصول انسانیت رفتار شود» (سیاه رستمی و همکاران، همان، ۱۳۹، ۱۶۵، ۱۸۶ و ۲۶۰).

به‌طور مشخص اگرچه اضافه کردن عبارت «هر معیار مشابه دیگر» به ذهن متبادر می‌کند که این معیار ممکن است در این مقرره جای داشته باشد، به‌نظر نمی‌رسد معیار تابعیت در میان معیارهایی باشد که بر اساس آن‌ها تبعیض ممنوع شده است. درحقیقت ICRC تأکید می‌کند که تابعیت نباید برای توجیه رفتار غیرانسانی مورد استفاده قرار گیرد، زیرا این امر برخلاف روح کنوانسیون‌های ژنو خواهد بود که این حقیقت را مغتنم می‌شمارند که ضابطهٔ تابعیت به‌عنوان دستاویزی برای تلقی خارجی‌ها در یک جنگ داخلی به شیوه‌ای مغایر با الزامات رفتار انسانی تقبیح شده است (Sommari, opcit, 155). اما مسائل متفاوتی در خصوص اتباع خارجی ملحق‌شونده به نیروهای مسلح منظم دولتی که با یک شورش مسلحانه با وسعت یک مخاصمهٔ مسلحانهٔ غیربین‌المللی مواجه است، مطرح می‌باشد.

واضح است که این اشخاص قوانین دولت موردنظر را نقض نمی‌کنند. آن‌ها برای دولت می‌جنگند و بنابراین نمی‌توان آن‌ها را به صرف شرکت در درگیری‌ها محاکمه کرد (Ibid).

۳,۱. جنگجوی خارجی عنصری از عناصر تروریسم

گفته شد که برخی از جنگجویان خارجی به گروه‌های تروریستی می‌پیوندند و به انجام فعالیت‌های تروریستی می‌پردازند. در پرتو همین حقیقت است که شورای امنیت از این جنگجویان با عنوان جنگجویان خارجی تروریست نام می‌برد. درحقیقت این جنگجویان از عناصر تروریست به‌شمار می‌روند. به همین دلیل بهتر است مقررات قطعنامه‌های ۱۲۶۷ و ۱۳۷۳ به‌عنوان مقررات بنیادین حوزهٔ ضد تروریسم در موضوع جنگجویان خارجی تحلیل گردند.

۱,۳,۱. قطعنامهٔ ۱۲۶۷ (سال ۱۹۹۹م) طلیعهٔ توجه به موضوع تروریسم

هنگامی که شورای امنیت قطعنامهٔ ۱۳۹۰ را در سال۲۰۰۲م پس از اینکه رژیم طالبان تنزل یافت تصویب کرد، این شورا گسترهٔ قطعنامهٔ ۱۲۶۷ و هیئت نظارت مربوط به آن (کمیتهٔ ۱۲۶۷) را برای رسیدگی به تهدید جهانی القاعده افزایش داد. در مقایسه با قطعنامه‌های پیشین در خصوص افغانستان، قطعنامهٔ ۱۳۹۰ به هیچ دولت خاصی اشاره نکرده و درنتیجه به کشور خاصی محدود نبوده است. این قطعنامه رژیم تحریم ۱۲۶۷ را که به یک رژیم عام برای رسیدگی به القاعده و مرتبطان با آن طراحی شده بود، بدون محدودیت زمان و مکان نسبت به واقع شدن این امور، تبدیل کرد (Academy Briefing No. 7, opcit, 36).

باید توجه داشت در خصوص مسئلهٔ جنگجویان خارجی تروریست ضوابط کلی مندرج در قطعنامه‌های مربوطهٔ شورای امنیت اشخاصی که به مناطق درگیری در سوریه و عراق مسافرت می‌کنند یا قصد چنین مسافرتی را دارند تحت شمول قرار می‌دهد.[۵] البته باید توجه داشت که امروزه داعش بنابر بند ۱ قطعنامهٔ ۲۲۵۳، لیست تحریم مشترکی با القاعده دارد و

4. The list can be accessed at: www. un. org/ sc/ committees/ 1267/ AQList. htm#alqaedaent.

۵. ر.ک. قطعنامه‌های ۲۱۹۳ (۲۰۱۴م)، ۲۱۶۰ (۲۰۱۴م) و ۲۱۵۸ (۲۰۱۴م). (برچسب تروریست به‌طور مرتب برای اظهار محکومیت و تنفر به‌کار رفته است).

خود همانند القاعده، گروه تروریستی یا به بیان بهتر شبکهٔ تروریستی مستقلی را تشکیل داده و درنتیجه این معیار شامل جنگجویان ملحق‌شونده بـه ایـن گـروه نیـز خواهـد بـود (UN Security Council Resolution 2253, 2015). همچنین ضابطهٔ یادشده افرادی را کـه استخدام چنین اشخاصی می‌شوند یا مسافرت آن‌ها را تسهیل می‌کنند تحـت پوشـش قـرار می‌دهد. درحقیقت این شورا در قطعنامه‌های ۲۱۷۰ و ۲۱۷۸ تأییـد می‌کنـد کـه جنگجویـان خارجی تروریست و آن‌هایی که با استخدام، تأمین مالی یا مسافرت آن‌ها مـرتبط می‌باشـند، برای تحت شمول قرار گـرفتن در لیسـت تحـریم واجـد شـرایط هسـتند (UN Security Council Resolutions 2170 (2014), and 2178 (2014)). زمـانی کـه ایـن شـورا قطعنامهٔ ۲۱۷۰ را پذیرفت، در یک انحراف از رویهٔ عادی، ۶ نفر را که مرتبط با جبههٔ النصره یا داعش بودند، به لیست تحریم‌ها اضافه کرد. طبق این قطعنامـه کمیتـهٔ تحـریم ۱۲۶۷ دو نهاد و ۱۲ فرد ازجمله دو جنگجوی خارجی فرانسـوی را بـه لیسـت تحـریم القاعـده در ۲۳ سپتامبر ۲۰۱۴م افزود (UN Security Council Resolution 2170, 2014).

کمیتهٔ تحریم ۱۲۶۷ که یک ارگان اجرایی شورای امنیـت سـازمان ملـل متحـد اسـت، تصمیم گرفت که نهادها و اشخاص مرتبط با القاعده یا داعـش لیسـت شـوند. ایـن لیسـت کردن در خدمت یک نقش خاص، عمدتاً در خصوص تحمیل تحریم‌های غیرکیفـری اسـت (Academy Briefing No. 7, opcit, 37). ایـن تحریم‌هـا توانـایی گـروه یـا شـخص لیست‌شـده را بـرای اقـدام محـدود می‌کننـد (Carisch, Eckert, Loraine, 2014, 12)؛ بنابراین، فی‌نفسه فرایند لیست کردن، نه وضعیت کیفری اشـخاص را تعیـین می‌کنـد و نـه وضعیت یک گروه را خارج از ایـن حـوزهٔ خـاص معـین می‌سـازد (Bakker, Singleton, opcit, 12).

۲,۳,۱. قطعنامهٔ ۱۳۷۳ از آرمان‌گرایی تا واقعیت

رکن دوم رژیم تحریم شورای امنیت سازمان ملل چارچوب ایجادشده به‌وسـیلهٔ قطعنامـهٔ ۱۳۷۳ شورای امنیت اسـت. در فصـل هفـتم منشـور ملـل متحـد، قطعنامـهٔ ۱۳۷۳ بـه‌طور بحث‌برانگیز یک چارچوب کلی بـرای نبـرد بـا تروریسـم بـدون تعریـف تروریسـم، اَعمـال تروریستی یا تعیین گروه‌های خاص به‌عنوان تروریست تأسیس نمود. این قطعنامه به زمـان

یا وضعیت خاصی محدود نیست و تعهدات عامی را بر همهٔ دولت‌ها تحمیل می‌کند. از این حیث قطعنامهٔ یادشده دارای ویژگی قانون‌گذاری است:

نخست، قطعنامهٔ ۱۳۷۳ دولت‌ها را به جرم‌انگاری، تعقیب و مجازات تأمین مالی فعالیت‌های تروریستی و دیگر اعمال مرتبط با تروریسم ملزم می‌سازد. از دولت‌ها خواسته می‌شود که این امر را تضمین نمایند که هر شخصی با تأمین مالی، برنامه‌ریزی، آماده‌سازی یا ارتکاب اقدامات تروریستی ارتباط داشته یا حامی اعمال تروریستی باشد به عدالت سپرده می‌شود و همچنین تضمین نمایند که افزون بر هر اقدام دیگری علیه افراد یادشده، چنین اعمال تروریستی به‌عنوان جرم کیفری جدی در حقوق و مقررات داخلی تثبیت شوند (Security Council Resolutions 1373, 2001). به‌علاوه، این قطعنامه وظیفه‌ای برای استرداد و تعقیب مرتکبان ادعایی اعمال تروریستی به‌منظور ازبین بردن پناهگاه امن آن‌ها مقرر می‌دارد (Academy Briefing No. 7, opcit, 39).

دوم، قطعنامهٔ ۱۳۷۳ علاوه بر تصویب اقدامات حقوق کیفری، تعهدات گسترده‌ای را نیز تحمیل می‌نماید. برخی اقدامات به‌طور ویژه به جنگجویان خارجی تروریست مربوط هستند. در این قطعنامه از دولت‌ها خواسته می‌شود تا برخی اقدامات را تصویب نمایند، ازجمله:

- مسدود کردن سرمایهٔ تروریست‌ها؛
- ازبین بردن تسهیلات مسافرت و پناهگاه امن تروریست‌ها برای مثال، کنترل‌های مرزی مؤثر و کنترل اسناد هویت و اسناد مسافرتی و نیز اقداماتی برای مقابله با اسناد مسافرتی جعلی؛
- جلوگیری از استخدام تروریست‌ها؛
- همکاری با دیگر دولت‌ها در اشتراک‌گذاری اطلاعات و موضوعات عدالت کیفری (Security Council Resolutions 1373 (2001)).

در این قطعنامه، شورای امنیت تدابیر گسترده‌ای را برای مبارزه با تروریسم اندیشیده است (زرنشان، ۱۳۸۶، ۶۰)، اما نبود تعریفی واحد از تروریسم باعث ابهام در قطعنامهٔ ۱۳۷۳ می‌شود. این ابهام به‌نوبهٔ خود در مقابلهٔ با جنگجویان خارجی تروریست نیز اثر می‌گذارد. این

امر بر وضعیت جنگجویان خارجی تأثیر گذاشته، ممکن است برخی از اعمال این جنگجویان را که طبق حقوق بین‌الملل بشردوستانه قانونی قلمداد می‌شوند، به اعمال تروریستی تبدیل کند.

۲. خاص‌گرایی شورای امنیت در موضوع جنگجویان خارجی

پویایی مسئلهٔ تروریسم سبب شده است که شورای امنیت علاوه بر بیان قواعد عام ضد تروریسم در قطعنامه‌های مختلف جنبه‌های جدید این موضوع را مورد توجه قرار دهد. ازاین‌رو، شورای امنیت در قطعنامه‌هایی مسئلهٔ پیوستن جنگجویان خارجی به گروه‌های تروریستی را مورد توجه قرار داده است. همچنین بر مواضع شورای امنیت نسبت به مسئلهٔ تروریسم به صورت عام و جنگجویان خارجی تروریست به صورت خاص انتقاداتی وارد است که برای برطرف ساختن آن‌ها باید بررسی‌هایی انجام شود.

۱,۲. بررسی قطعنامه‌ها

پیوستن بی‌سابقهٔ جنگجویان خارجی به داعش در سال ۲۰۱۴م، شورای امنیت را وادار کرد که ابتدا در قطعنامهٔ ۲۱۷۰ و سپس در قطعنامهٔ ۲۱۷۸ به موضوع پیوستن جنگجویان خارجی به گروه‌های تروریستی واکنش نشان دهد. در این دو قطعنامه، شورای امنیت ضمن تأکید بر اهمیت این مسئله آن را به‌عنوان تهدیدی فزاینده علیه صلح و امنیت بین‌المللی به‌شمار آورده است. افزون بر این در دو قطعنامهٔ پیش‌گفته شورا تعهداتی بر دولت‌ها تحمیل کرده که نیازمند بررسی است.

۱,۱,۲. قطعنامهٔ ۲۱۷۰

یکی از مهم‌ترین دلایل رشد فزایندهٔ تروریسم ایدئولوژی است (گوهری مقدم، ۱۳۹۰، ۱۷۹) که با پیوستن جنگجویان خارجی به گروه‌های تروریستی مانند داعش در سال‌های اخیر نمایان‌تر شده است. برای جلوگیری از بسیج جنگجویان خارجی و تهدید تروریستی مرتبط و گسترش سریع داعش در عراق و سوریه، در ۱۵ آگوست ۲۰۱۴ شورای امنیت قطعنامهٔ ۲۱۷۰ را تصویب کرد. این قطعنامه اعمال تروریستی داعش و ایدئولوژی افراطی خشونت‌آمیز این گروه و سوءاستفاده‌های مستمر عمده، سیستماتیک و گسترده از حقوق بشر

و تخلفات آن از حقوق بین‌الملل بشردوستانه را محکوم کرده (Security Council Resolution 2170 (2014)) و به‌موجب فصل هفتم، سه وظیفهٔ اصلی را بر دولت‌ها تحمیل نموده است.

نخست، این قطعنامه بار دیگر بر تعهد بیان‌شده در قطعنامهٔ ۱۳۷۳ در خصوص وظیفهٔ جلوگیری و سرکوب تأمین مالی تروریست تأکید دارد. به علت اینکه هم داعش و هم القاعده ظاهراً میدان‌های نفتی در سوریه و عراق را تحت کنترل داشته‌اند، این قطعنامه شامل تعهد برای خودداری از تجارت با آن‌ها بوده است (Ibid). دوم، همان‌گونه که گفته شد، این شورا تأئید کرده که ممکن است آن‌هایی را که استخدام‌کننده یا مشارکت‌کننده در فعالیت‌های داعش، النصره و همهٔ اشخاص، گروه‌ها، شعب و نهادهای دیگر مرتبط با القاعده هستند، ازجمله از طریق تأمین مالی یا تسهیل مسافرت جنگجویان خارجی تروریست برای داعش یا النصره، به لیست تحریم ۱۲۶۷ اضافه نماید (البته در حال حاضر بر اساس قطعنامهٔ ۲۲۵۳، تقریباً تمامی رژیم‌های تحریم و ممنوعیت‌هایی که برای القاعده در سال‌های گذشته ایجاد شده، به صورت مستقیم برای داعش نیز همسان‌سازی گردیده است). در نتیجهٔ این قطعنامه، شورا به لیست تحریم القاعده شش شخص مرتبط با داعش یا النصره را افزوده است (Ibid).

سوم، شورا استخدام جنگجویان خارجی تروریست به‌وسیلهٔ داعش، النصره و دیگر نهادهای مرتبط با القاعده را محکوم نمود و همهٔ جنگجویان خارجی تروریست همراه با داعش و دیگر گروه‌های تروریست را به کناره‌گیری از این گروه‌ها ملزم ساخت (Ibid). برای جلوگیری از استخدام جنگجویان خارجی تروریست، دولت‌ها به اتخاذ اقدامات ملی برای سرکوبی و به عدالت سپردن جنگجویانی که با داعش، النصره و گروه‌هایی که با القاعده مرتبط‌اند، ملزم شدند (Ibid).

در این قطعنامه شورا از تعریف جنگجوی خارجی تروریست خودداری کرد، اما مفاد قطعنامهٔ ۲۱۷۰ مشخص می‌سازد که شورا به جنگجویان خارجی داعش، النصره و نهادهای مرتبط با القاعده اشاره کرده است. درحالی که ترکیب تروریسم و مخاصمهٔ مسلحانه در قطعنامه‌های شورا جدید نیست، استفادهٔ شورا از اصطلاح جنگجویان خارجی تروریست آشکارا و به‌صراحت جنگجویانی را که با گروه‌های خاص و تروریسم مرتبط هستند، تحت شمول قرار داده است (Keatinge, 2015, 12).

۲,۱,۲. قطعنامهٔ ۲۱۷۸

در ۲۴ سپتامبر ۲۰۱۴ در یک جلسهٔ سطح عالی که ریاست آن را اوباما، رئیس‌جمهور وقت امریکا، برعهده داشت، شورا قطعنامهٔ ۲۱۷۸ را تصویب نمود. این قطعنامه بر اساس پیش‌نویس یک قطعنامهٔ ارائه‌شده از سوی ایالات متحدهٔ امریکا با اتکا بر سند نشست جهانی ضدتروریسم[1]برای یک واکنش مؤثرتر به موضوع جنگجویان خارجی تروریست به‌طور انحصاری بر جنگجویان یادشده تمرکز دارد (Academy Briefing No. 7, opcit, 42).

این قطعنامه ضمن تعریف جنگجویان خارجی تروریست با اشاره به عبارت «ازجمله در ارتباط با یک مخاصمهٔ مسلحانه» (Security Council Resolution 2178 (2014)) در این تعریف، به‌سادگی اعمال تحت حاکمیت قرارگرفته به‌موجب حقوق بین‌الملل بشردوستانه را اقدامات تروریستی تلقی می‌کند، بدون اینکه این اصطلاح را به اعمال ممنوع‌شده به‌موجب این حوزه از حقوق بین‌الملل مانند حملات علیه غیرنظامیان یا اعدام اشخاص ازکار افتاده محدود نماید. به‌علاوه قطعنامهٔ یادشده بیان می‌کند که ملحق شدن به نهادی که یک طرف مخاصمهٔ مسلحانه بوده و نیز به‌عنوان یک گروه تروریستی تعیین شده، با توجه به این حقیقت که ممکن است قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه اعمال شوند، احتمال دارد به دریافت آموزش تروریستی نیز منجر گردد (Ibid).

بندهای اجرایی قطعنامهٔ ۲۱۷۸ این موضوع را تأیید می‌کنند که شورا جنگجویان خارجی تروریست را بازیگران در یک مخاصمهٔ مسلحانه تلقی نموده است. نخست، به‌موجب فصل هفتم، شورا دستور می‌دهد که همهٔ جنگجویان خارجی تروریست خلع سلاح شده، تمام اقدامات تروریستی و مشارکت آن‌ها در یک مخاصمهٔ مسلحانه متوقف شود (Ibid). دوم، شورا تصریح می‌کند که دولت‌ها مطابق تعهدات خود طبق قواعد بین‌المللی حقوق بشر، حقوق بین‌الملل پناهندگان[2]و حقوق بین‌الملل بشردوستانه باید استخدام، سازماندهی، انتقال و تجهیز جنگجویان خارجی یادشده در این قطعنامه را جلوگیری و سرکوب نمایند (Ibid). برای انجام چنین کاری شورا از دولت‌ها می‌خواهد که مقررات لازم برای تعقیب امور زیر را تصویب نمایند:

1. Global Counterterrorism Forum
2 International Refugee Law

- در خصوص اتباع خود و اشخاص دیگری که به خارج برای ارتکاب، آماده‌سازی یا مشارکت در اقدامات تروریستی یا برای ارائه یا دریافت آموزش مربوط به تروریسم مسافرت کرده یا برای مسافرت تلاش کنند.
- تأمین عمدی یا جمع‌آوری وجوه (به هر وسیله، مستقیم یا غیرمستقیم) از سوی اتباع خود یا در سرزمین‌های خویش با قصد یا اذعان به این موضوع که وجوه یادشده برای تأمین مالی مسافرت جنگجویان خارجی تروریست مورد استفاده قرار می‌گیرد.
- سازماندهی عمدی یا ایجاد تسهیلات، ازجمله اقدامات مربوط به استخدام جنگجویان خارجی تروریست به‌وسیلهٔ اتباع خود یا دیگران در سرزمین خود (Ibid).

بنابراین شورای امنیت دولت‌ها را به جرم‌انگاری رفتار مربوط به تروریسم ورای آنچه در هر معاهدهٔ جهانی مربوط به جرایم تروریستی ارائه شده است، بدون بیان یک تعریف مشخص از تروریسم ملزم می‌سازد.[1] اگرچه علمای حقوق با هدف قطعنامه موافق هستند، آن‌ها به‌طور کلی بر این موضوع تأکید می‌کنند که قطعنامهٔ ۲۱۷۸ حامل خطری قابل توجه است؛ یعنی سوءاستفاده. یک حقوق‌دان استدلال کرده است که قطعنامهٔ ۲۱۷۸ به‌طور قابل ملاحظه پیشرفت تدریجی ایجادشده در طول ۱۳ سال در ایجاد حفاظت‌های حقوق بشری و حاکمیت قانون را به شیوه‌ای پیچیده محو می‌نماید.[2]

قطعنامهٔ ۲۱۷۸ به‌طور قابل ملاحظه‌ای پیوندهای بین تروریسم و مخاصمات مسلحانه را نه‌تنها از لحاظ بیان، بلکه با ایجاد نتایج حقوقی برای جنگجویان خارجی تروریست که قصد مسافرت به خارج را دارند مبهم می‌سازد. بدون تعریف مشخصی از تروریسم، هدف این قطعنامه، جرم‌انگاری مسافرت یا تلاش برای مسافرت از سوی جنگجویان خارجی برای ملحق شدن به گروه‌های محکوم‌شده به‌عنوان گروه‌های تروریستی است.

این قطعنامه به‌صراحت به جنگجویان خارجی تروریست ازجمله داعش، النصره و دیگر گروه‌های مرتبط با القاعده که طبق رژیم تحریم‌های ۱۲۶۷ لیست شده‌اند، اشاره دارد (Security Council Resolution 2178 (2014)). قطعنامهٔ ۲۱۷۸ دولت‌ها را به

1. At: http:// justsecurity. org/ 15989/ comment-security-council-res-2178-foreign-fighters-form-global-governance
2. At: http:// justsecurity. org/ 15989/ comment-security-council-res-2178-foreign-fighters-form-global-governance

جرم‌انگاری مسافرت یا تلاش برای مسافرت به خارج برای پیوستن به هریک از گروه‌های مشخص‌شده و استخدام برای چنین گروه‌هایی ملزم می‌سازد (Davis, 2014, 1). به‌علاوه، تعهداتی که این قطعنامه ایجاد می‌کند به جنگجویان چنین گروه‌هایی محدود نیست. گروه‌های دیگری که به‌عنوان وابستگان القاعده طبق رژیم تحریم ۱۲۶۷ لیست نشده‌اند، ممکن است مشمول این قطعنامه قرار گیرند. به‌طور خلاصه، به‌عنوان یک ضابطهٔ حقوق بین‌الملل تأکید می‌شود که عمل پیوستن یا تلاش برای پیوستن به گروهی که به تروریسم ازجمله در خلال یک مخاصمهٔ مسلحانه می‌پردازد، جرم شدیدی به‌شمار می‌رود.

البته بنابر قاعدهٔ عطف به ماسبق نشدن قوانین کیفری، تعریف جرم مسافرت کردن یا تلاش برای مسافرت به خارج برای پرداختن به اقدامات تروریستی یا آموزش تروریستی نباید رفتاری را نمی‌توان جرم‌انگاری کند که قبل از لازم‌الاجرا شدن آن واقع شده است (Academy Briefing No. 7, opcit, 42- 43).

۲,۲. چالش‌ها و رهیافت‌ها

قطعنامه‌های شورای امنیت در خصوص تروریسم به‌ویژه قطعنامه‌های مربوط به جنگجویان خارجی تروریست فاقد شفافیت کافی هستند. این امر باعث ایجاد مشکلاتی در زمینه‌های مختلف ازجمله در حقوق بین‌الملل شده است؛ عدم شفافیت در قطعنامه‌های شورا سبب اختلاط حقوق بین‌الملل بشردوستانه و رژیم حاکم بر تروریسم گردیده است. این امر سبب می‌شود جنگجویان خارجی شرکت‌کننده در مخاصمات بین‌المللی فاقد مصونیت ناشی از وضعیت رزمنده شوند (Ibid, 42-43 &61).

همچنین مذاکره با گروه‌های منتقد و مخالف با مشکلاتی روبرو می‌شود و درحقیقت این گروه‌ها مشوق‌های اندکی برای ورود به مذاکرات صلح خواهند داشت. افزون بر این، عفو اعضای گروه‌های مخالف که به عنوان تروریست قلمداد شده‌اند با مشکلات قانونی روبرو خواهد شد (Scheinin, 2014, 651).

اگرچه برخی قطعنامه‌های شورای امنیت کوشیده‌اند با مشروط نمودن مبارزه با تروریسم به تبعیت از تعهدات ناشی از حقوق بین‌الملل بشردوستانه این مشکل را برطرف سازند، شرط

یادشده دارای تأثیر اندکی است، زیرا طبق حقوق بین‌الملل بشردوستانه جرم‌انگاری اعمال تروریستی منع نشده است (Academy Briefing No. 7, opcit, 62). همچنین رویکرد فعلی دولت‌ها به مسئلهٔ تروریسم ممکن است نتایج متفاوت حقوقی برای افراد برحسب ملحق شدن آن‌ها به گروه‌های مختلف داشته باشد (Ibid, 62 &67). در صورت اتحاد میان گروه‌های مختلف، این امر باعث ناهماهنگی برخورد با جنگجویان خارجی می‌شود، زیرا در چنین شرایطی جنگجویان خارجی ممکن است به اجبار و به صورت غیرمنتظره در یک گروه عضو شوند (Ibid, 62-63 &67).

افزون بر این، قطعنامه‌های شورای امنیت در خصوص جنگجویان خارجی رژیم‌های حاکم بر اعمال تروریستی و حقوق بین‌الملل بشردوستانه را باهم درآمیخته‌اند.

در این خصوص قطعنامهٔ ۲۱۷۸ شورای امنیت یک گام فراتر رفته است. این قطعنامه اعمال تحت حاکمیت حقوق بین‌الملل بشردوستانه را با عنوان اقدامات تروریستی توصیف کرده است، اما این توصیف به اعمالی که به‌موجب حقوق بین‌الملل بشردوستانه غیرقانونی هستند یا بر اساس این رژیم اقدامات تروریستی قلمداد می‌شوند، محدود نشده است (Ibid). اثر این قطعنامه جرم‌انگاری مسافرت یا تلاش برای مسافرت از سوی جنگجویان خارجی برای پیوستن به گروه‌های تروریستی درگیر در یک مخاصمهٔ مسلحانه است. اگرچه این تعهد باید در حقوق داخلی ادغام گردد اما از حقوق بین‌المللی یعنی قطعنامهٔ شورای امنیت سازمان ملل متحد نشئت گرفته است، به همین علت با حقوق بین‌الملل بشردوستانه مغایرت دارد (Ibid).

درنتیجه حقوق بین‌الملل بشردوستانه و چارچوب بین‌المللی حاکم بر جلوگیری و سرکوب اعمال تروریستی در تعارض هستند. گذشته از این، مشکل دیگر اختلاط رژیم حاکم بر تروریسم و حقوق بین‌الملل بشردوستانه، تضعیف تعاملات بشردوستانه است. تعیین گروه‌های مسلح به‌عنوان گروه‌های تروریستی، تعامل بشردوستانه را تضعیف می‌کند. دولت‌های درگیر که تمایلی به مجاز نمودن دسترسی بشردوستانه به مناطق تحت کنترل گروه‌های مسلح ندارند، ممکن است تعیین تروریستی را برای توجیه موضع خود مورد استناد قرار دهند که به زیان غیرنظامیان است (Ibid).

بر این اساس، چارچوب‌های جاری ضد تروریسم نه‌تنها مانع توانایی بازیگران بشردوستانه برای افزایش بودجه می‌شود، بلکه به‌طور بالقوه طیف وسیعی از فعالیت‌های آن‌ها را جرم‌انگاری می‌کند (ICRC, 2011, 51). همان‌گونه که یک مفسر هشدار داده است، برخلاف حقوق ضد تروریسم جهانی، حقوق بین‌الملل بشردوستانه در سال‌های اخیر توسعه نیافته، بلکه از طریق یک فرایند حساس و تدریجی تدوین در طول بیش از یک قرن تکوین یافته است. رژیم حقوق بین‌الملل بشردوستانه به اندازهٔ کافی برای مطابقت با چالش‌های جدید انعطاف‌پذیر است، ولی چنانچه دولت‌های قدرتمند تمایلی برای حمایت از آن نداشته باشند، آسیب‌پذیر و شکننده خواهد بود. درنهایت با توجه به توضیحات پیش‌گفته، صرفاً تروریست‌ها، نه دولت‌ها یا غیرنظامیان، از فروپاشی یا آشفتگی حقوق بین‌الملل بشردوستانه سود می‌برند (Saul, 2014, 231).

علاوه بر مشکل نبود شفافیت، از چالش‌های دیگر رژیم ضد تروریسم شورای امنیت می‌توان به عدم وجود تعریفی جامع و کامل از تروریسم، نبود یک سیستم نظارت کارآمد و مؤثر بر اجرای قطعنامه‌های شورا و فقدان سازوکاری قدرتمند، دقیق و شفاف برای بازبینی در خصوص حذف افراد از لیست‌های تروریستی اشاره کرد. اگرچه شورای امنیت کوشیده است با تمهیدات مختلف ازجمله تأسیس یک دفتر بازرسی (در قطعنامهٔ ۱۹۰۴) این مشکلات را تا حدی برطرف سازد، اما اختیارات مبهم و اندک دفتر یادشده مانع از کارایی آن می‌شود.

به‌هرحال، امروزه وسعت بی‌سابقه و دامنهٔ موضوع جنگجویان خارجی تروریست، بسیاری از ناظران را به شگفتی واداشته است. درحال حاضر تحلیلگران، سیاستمداران و وکلا به‌شدت در جستجوی کسب دانش در خصوص سوابق، انگیزه‌ها و اقدامات جنگجویان خارجی تروریست و خطرهایی هستند که این جنگجویان ممکن است مطرح سازند. وضعیت موجود، پیچیده، پویا، جهانی و چندبعدی است. اگرچه پیشرفت‌هایی صورت گرفته است، هنوز اموری وجود دارد که دارای ابهام است. به‌علاوه جامعهٔ بین‌المللی واکنش به این تهدیدات فزاینده را سازماندهی کرده است. قطعنامهٔ ۲۱۷۸ در پی آن است که دولت‌ها در چارچوب منابع اقداماتی را اتخاذ نمایند که به‌طور نهادی چالش‌برانگیز خواهد بود و اجرای آن‌ها بدون

ظرفیت مضاعف دشوار است. همچنین شواهد و قرائن نشان می‌دهند که جلوه‌های مسئلهٔ جنگجویان خارجی تروریست در سال‌های آینده افزایش خواهد یافت. درنتیجه، در صورت توجه به امور زیر، سیاست‌ها و راهبردهای مربوط به این مسئله مفید خواهد بود:

- ترویج اخلاق‌گرایی می‌تواند از خطر تروریسم بکاهد. مسلم است که فرد اخلاق‌گرا، صلح‌دوست است و کمتر دست به اعمال خشونت‌آمیز می‌زند. ازاین‌رو، رشد اخلاق‌گرایی در جامعه عاملی مؤثر در کاهش تعداد جنگجویان خارجی تروریست خواهد بود.
- تدوین منشور ضد تروریسم یکی از مؤثرترین راهکارهای مبارزه با تروریسم به‌ویژه جنگجویان خارجی تروریست است. امروزه بیش از هر زمان دیگری این ضرورت احساس می‌شود که جامعهٔ جهانی نیازمند تدوین منشور واحدی است که مورد قبول دولت‌ها قرار گرفته باشد و در ضمن آن جوانب مبارزه با تروریسم تبیین شده باشد و سلیقهٔ دولت‌ها را در اعمال قوانین ضد تروریستی و تشخیص جرایم تروریستی در حدود قانون واحدی محدود نماید. به‌نظر می‌رسد مرحلهٔ گسترش تروریسم که از نیمهٔ قرن بیستم آغاز شده و به روش‌ها و ابزارهای نوین مجهز شده، نیازمند مقابلهٔ جدی است که جز با تدوین منشور واحد میسر نخواهد بود.
- باید تحلیل و تحقیق مبتنی بر شواهد باشد.
- باید درک بهتری از محرک‌ها و انگیزه‌های مختلف جنگجویان خارجی ازجمله روابط متقابل سیاست، مذهب، فرهنگ، انگیزه‌های روانی و جنبه‌های امنیتی جامعه در سطوح داخلی، منطقه‌ای و بین‌المللی وجود داشته باشد.
- لازم است همکاری بیشتری بین حکومت‌ها و بازیگران جامعهٔ مدنی که باعث اعتماد هرچه بیشتر طرفین به یکدیگر می‌گردد، وجود داشته باشد.
- باید ترتیبات نهادی مؤثر که کنترل مرزها را میسر می‌سازد در دستور کار قرار گیرد.

به‌هرحال از نظر جامعهٔ بین‌المللی مهم است که تمام حکومت‌های ملی، سازمان‌های درون‌حکومتی و بازیگران جامعهٔ مدنی علیه معضل افراط‌گرایی خشونت‌آمیز در همهٔ شکل‌های آن اقدام کنند. در پایان باید گفت مشکل جنگجویان خارجی تروریست نیازمند

یک رویکرد بلندمدت، مستمر و اصولی است. ابزار ما در واکنش به این تهدید فزاینده باید متناسب باشد. همچنین واکنش ما باید دقیق، شایسته و با توجه به هر حوزه متناسب باشد تا به صورت موفق چالش ایجادشده از سوی جنگجویان خارجی برای جامعهٔ بین‌المللی برطرف گردد.

نتیجه

مسئلهٔ جنگجویان خارجی شرکت‌کننده در مخاصمات مسلحانه که مسئله‌ای قدیمی است، در حال حاضر دارای یک جنبهٔ جدید یعنی پیوستن اکثریت جنگجویان خارجی به گروه‌های تروریستی ازجمله داعش و جبههٔ النصره شده است. افزون بر این، عدم شفافیت در مواضع شورای امنیت در خصوص تروریسم که جنگجویان خارجی تروریست نیز عنصری از عناصر آن می‌باشند، بر چالش‌ها و مشکلات مربوط به جلوگیری از مسئلهٔ جنگجویان تأثیر می‌گذارد و این مسئله را با مشکلات بیشتری مواجه می‌کند. یکی از این مشکلات، عدم شفافیت شورای امنیت در خصوص تعریف مفهوم جنگجوی خارجی تروریست است که به‌نوبهٔ خود باعث تداخل اعمال قانونی تحت حاکمیت حقوق بین‌الملل بشردوستانه و اعمال تروریستی است. بر این مشکل باید مواضع غیرشفاف شورای امنیت در قطعنامه‌های قبلی خود در خصوص تروریسم را نیز اضافه کرد، از جملهٔ این مشکلات می‌توان به نبود مرجعی در خصوص بازنگری دربارهٔ تروریست بودن یا نبودن یک فرد یا نهاد، عدم نظارت کافی بر اجرای قطعنامه‌های شورا و نبود سازوکار کافی در این خصوص و فقدان تعریفی جامع و مانع از تروریسم اشاره کرد. نظر به این مشکلات، مبارزه با مسئلهٔ جنگجویان خارجی تروریست با چالش‌هایی جدی روبرو است که از طرفی باعث تمایز و بی‌عدالتی در مورد مسئولیت کیفری افراد و مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها می‌شود و از طرف دیگر، دولت‌ها را در انجام تعهدات خود سردرگم می‌سازد، زیرا تعهدات مبهمی را بر آن‌ها تحمیل می‌نماید. طبیعتاً تحمیل تعهدات مبهم، راه را برای سوءاستفادهٔ دولت‌ها و دور زدن تعهدات بین‌المللی هموار می‌کند. این امر سبب می‌شود مبارزهٔ دولت‌های دارای حسن‌نیت با تروریسم به‌ویژه جنگجویان تروریست بی‌اثر گردد و درنتیجه دولت‌های یادشده دلسرد شوند. با توجه به مشکلات پیش‌گفته شورای امنیت باید بکوشد اولاً سازوکار نظارت بر قطعنامه‌های خود را- اگرچه با

ایجاد دفتر بازرسی به‌موجب قطعنامهٔ ۱۹۰۴ تا حدی بهبود یافته است- با اعطای اختیارات گسترده‌تر به این نهاد به صورت مضاعف تقویت نماید. ثانیاً در جریان مبارزه با تروریسم در مناطق و کشورهای مختلف جهان با سازمان‌های منطقه‌ای و کشورهای موردنظر مشورت کند و از این راه می‌تواند از مشاورهٔ سازمان‌ها و کشورهای موردنظر برخوردار شده، از امکانات آن‌ها استفاده نماید. به‌علاوه، این اقدام موجب تلاش هرچه بیشتر نهادها و دولت‌ها خواهد شد، زیرا خود را در تصمیم‌گیری شورا سهیم خواهند دانست و اعتبار خود را در گرو به‌ثمر رسیدن تصمیمات شورای امنیت تصور خواهند کرد. علاوه بر موارد پیش‌گفته، باید به نقش جامعهٔ مدنی به‌ویژه خانواده‌ها که نقش مهمی در تربیت و پرورش فرزندان دارند، توجه ویژه‌ای داشته باشد. درنهایت شورا باید تلاش نماید تا مسئلهٔ تروریسم به‌خصوص جنگجویان خارجی تروریست را با برنامه‌ای جامع، کامل و مستمر مورد توجه قرار دهد. این برنامه باید به تمام جنبه‌های اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و سیاسی این مسئله توجه داشته باشد تا تروریسم به صورت کامل ریشه‌کن گردد. درغیر این‌صورت، تروریسم مانند یک آتش زیر خاکستر بی‌آنکه به صورت کامل محو شود، ممکن است از محلی به محل دیگر نقل مکان کرده، با تجربیات بیشتر و کشنده‌تر تهدیدات خطرناک‌تر و جدی‌تری را علیه صلح و امنیت بین‌المللی مطرح سازد.

منابع و مآخذ

الف) فارسی

- کتاب‌ها

۱. فلک، دیتر (۱۳۸۷)، ***حقوق بشردوستانه در مخاصمات مسلحانه***، مترجمان: سید قاسم زمانی و نادر ساعد، چاپ دوم، تهران: انتشارات شهر دانش.

۲. کارگری، نوروز و حیدری فرد، علی‌اکبر (۱۳۹۳)، ***تروریسم‌شناسی***، چاپ اول، تهران: انتشارات خرسندی.

۳. کمیتهٔ ملی حقوق بشردوستانهٔ ایران (۱۳۸۹)، ***حقوق بین‌الملل بشردوستانه ناظر بر حمایت از افراد در درگیری‌های مسلحانه (مجموعه اسناد ژنو)***، مترجمان: هاجر سیاه‌رستمی، کتایون حسین‌نژاد و محسن افچنگی، چاپ اول، تهران: مؤسسهٔ آموزش عالی علمی-کاربردی هلال ایران.

- مقالات

۴. خلف رضایی، حسین (پاییز و زمستان ۱۳۹۸)، «گروه‌های مسلح فراملی و اجرای حقوق بشردوستانه بین‌المللی»، ***مجلهٔ حقوقی بین‌الملل***، دورهٔ سی و ششم، شمارهٔ ۶۱.

۵. داعی، علی (بهار و تابستان ۱۳۸۷)، «مسؤلیت بین‌المللی نقض حقوق اسیران جنگی ایرانی در عراق»، ***مجلهٔ حقوقی***، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، دورهٔ بیست و پنجم، شمارهٔ ۳۸.

۶. زرنشان، شهرام (بهار و تابستان ۱۳۸۶)، «شورای امنیت و تعهدات دولتها برای مقابله با تروریسم»، ***مجلهٔ حقوقی***، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، دورهٔ بیست و چهارم، شمارهٔ ۳۶.

۷. گوهری مقدم، ابوذر (بهار و تابستان ۱۳۹۰)، «جهانی شدن و تروریسم جدید: ارائهٔ مدلی مفهومی»، ***دوفصلنامهٔ دانش سیاسی***، دوره هفتم ، شمارهٔ اول.

ب) خارجی

- Books

8. Henckaerts, Jean-Marie, Doswald-Beck, Louise (2005), ***Customary international humanitarian law***, Volume 1, UK, Cambridge University Press.

9. Malet, David (2013), ***Foreign Fighters: Transnational Identity in Civil Conflicts***, First edition, Oxford University Press (OUP), UK.

-Articles

10. Sommari, Emanuele (2016), **"The Status of Foreign Fighters under International Humanitarian Law",** Andrea, De Guttry, Francesca , Capone and Christophe, Paulussen, Foreign Fighters under International Law and Beyond , The Netherlands, t.m.c. asser press.
11. Bakker, Edwin & Singleton, Mark (2016), ***"Foreign Fighters in the Syria and Iraq Conflict: Statistics and Characteristics of a Rapidly Growing Phenomenon"***, Andrea, De Guttry, Francesca , Capone and Christophe, Paulussen, Foreign Fighters under International Law and Beyond , The Netherlands, t.m.c. asser press.
12. Colgan, Jeffrey, Hegghammer, Thomas (2011), "***Islamic foreign fighters: concept and data***", Paper presented at the International Studies Association Annual Convention, Montreal.
13. Hegghammer, Thomas (2013), "***Should I Stay or Should I Go? Explaining Variation in Western Jihadists' Choice between Domestic and Foreign Fighting***", American Political Science Review, vol. 107, No 1.
14. Saul, Ben (2014), "***Terrorism and International Humanitarian Law"***, Sydney Law School Research Paper, No. 14/16, Edward Elgar.

- Reports and Documents

15. ***Addressing the Foreign Terrorist Fighters Phenomenon from a European Union Perspective***, Global Center on Cooperative Security, Human Security Collective and International Centre for Counter- Terrorism – The Hague, 2014.
16. Bakowski, Piotr and Puccio, Laura, ***Foreign Fighters: national and EU responses in an international context***, European Parliamentary Research Service [EPRS], 2015.
17. Briggs Obe, rachel and Silverman, Tanya, ***Western Foreign Fighters Innovations in Responding to the Threat***, Institute for Strategic Dialogue, 2014.
18. ***High Level Review of UN Sanctions***', Watson Institute for International Studies, Brown University, Enrico, Carisch, Sue

Eckert, Martin,Rickard- Loraine, 2014. At: www. comcapint. com/ pdfs/ 20140706_HLR_Background. pdf.
19. Davis, Sean, ***Responding to Foreign Terrorist Fighters***, Global Center on Cooperative Security, Human Security Collective and International Centre for Counter- Terrorism – The Hague, 2014.
20. Foreign Fighters under International Law, Academy Briefing No. 7, Geneva Academy, 2014.
21. Hennessy, Orla, ***The Phenomenon of Foreign Fighters in Europe*** , International Centre for Counter- Terrorism – The Hague, 2012.
22. ICRC *(*2011), ***International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts***, ICRC, Switzerland.
23. Keatinge, Tome, ***Identifying Foreign Terrorist Fighters: The Role of Public- Private Partnership, Information Sharing and Financial Intelligence***, International center for Counter- Terrorism_ The Hague (ICCT), 2015.
24. ***A Comment on Security Council Resolution 2178 (Foreign Terrorist Fighters) as a "Form" of Global Governance***, Just Security, Martin, Scheinin, 2014. At: http:// justsecurity. org/ 15989/ comment- security- council- res- 2178- foreign- fighters- form- global- governance.2018/04/04.
25. ***Back to post- 9/ 11 panic? Security Council resolution on foreign terrorist fighters***, *Just Security*, Martin, Scheinin, 2014. At: http:// justsecurity. org/ 15407/ post- 911- panic- security- council- resolution- foreign- terrorist- fighters- scheinin/ .
26. Sinkkonen, Teemu, "***War on two fronts: the EU perspective on the foreign terrorism fighters of ISIL***", The Finnish Institute of International Affairs, 2015.
27. Security Council Resolutions **1373** (2001).
28. UN Security Council Resolutions **2170** (2014).
29. UN Security Council Resolutions **2178** (2014).
30. UN Security Council Resolution **2253**(2015).
31. U. N. Security Council plans to suppress foreign extremist fighters', Reuters, 9 September 2014.

ج) سایت‌ها

32. http:// justsecurity. org/ 15989/ comment-security-council-res-2178-foreign-fighters-form-global-governance.

نشریه علمی مطالعات حقوقی معاصر، سال دهم، شماره نوزدهم، پاییز و زمستان ۹۸، صفحات۱۸۳-۲۰۲

تاریخ دریافت: ۹۷/۱۰/۰۴ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۸/۱۱/۰۱

بررسی نشوز زوج و راهکارهای مواجهه با آن

مرضیه شعربافچی‌زاده[۱]
سهیلا صادقی فسایی[۲]
طوبی شاکری گلپایگانی[۳]
هاجر آذری[۴]

چکیده

مشروعیت ورود حقوق در ساحت روابط انسانی مبتنی بر ضرورت‌های ناشی از حمایت از حق‌های ثابت است.

حقوق و فقه اسلامی در تمامیت خود و در تنظیم روابط انسانی در ساحت تعاملات اجتماعی دارای هویتی مبتنی بر برابری و مساوات در تمتع و تبعیضات مثبت در استیفا بر مبنای حمایت از حق‌های آسیب‌پذیر در موقعیت‌های نابرابر است.

در گسترهٔ جرایم جنسی نیز بعد از برخورداری از حقوق و تکالیف برابر به لحاظ تمتع و مقام ثبوت در هنگام اثبات و پاسخ‌دهی‌های کیفری به جرایم جنسی زنان وجوهی از اعمال تبعیضات ایجابی و حمایتی مشهود است. به این ترتیب، در شرایط پاسخ‌دهی کیفری در جرایم جنسی به مرد علاوه بر جنبه‌های اصلاح و بازپذیری بعضاً درجاتی از پاسخ‌های ترهیبی و ترذیلی ملحوظ است؛ درحالی که پاسخ‌های کیفری به بزهکاران زن عمدتاً فاقد جنبه‌های ترذیلی و ترهیبی است.

پژوهش حاضر که با روش تحلیلی- استنتاجی انجام گرفته و داده‌های آن به روش اسنادی جمع‌آوری شده است، به تبیین نگرش مبتنی بر برابری و مساوات فقه و حقوق اسلامی به روابط زناشویی پرداخته، روح حاکم بر وضع قوانین در این حوزه را که همانا نگاه حمایتگرانه به زن است، نشان می‌دهد.

واژگان کلیدی: حسن معاشرت، حقوق جنسی و عاطفی، حق‌های ثابت، موقعیت‌های نابرابر جنسیتی.

---

۱. دانشجوی دکتری دانشگاه تربیت مدرس، تهران- ایران m.sharbafchy@gmail.com
۲. دانشیار دانشگاه تهران، تهران- ایران (نویسنده مسئول) ssadeghi@ut.ac.ir
۳. استادیار دانشگاه تربیت مدرس، تهران- ایران t.shakeri@modares.ac.ir
۴. استادیار دانشگاه تربیت مدرس، تهران- ایران h.azari@modares.ac.ir

مقدمه

در آموزه‌ها و مکاتب فطری تمهیداتی برای تعدیل روابط یا به تأویلی توازن عملی در معادلهٔ حق/ تکلیف تعبیه شده که گاه مستلزم دخالت دولت، تبعیضی ایجابی و حمایتی در استیفا، با پاسخ‌های مدنی و کیفری در شرایط عدم توازن و تعادل است؛ هرچند استواری کانون خانواده بر اساس علقه و عاطفهٔ طبیعی و خصوصی بودن کانون خانواده باعث می‌شود حقوق و پاسخ‌های کیفری در نقض حقوق در خانواده از کارایی چندانی برخوردار نباشد.

از جملهٔ این تمهیدات، وضع قوانین حمایتی و پیشگیرانه در جهت حمایت از اعضا در تعاملات مبتنی بر حق/ تکلیف است. فقه اسلامی حامل حقوق و تکالیف متوازن در ساحت خانواده است و با سفارش بر رعایت جوانب اخلاقی و مقدم داشتن اصول اخلاقی بر قوانین حقوقی سعی در جلوگیری از نقض حقوق یا عدم عمل به تکالیف را دارد. حقوق و تکالیفی که ضمانت اجراهای مدنی و کیفری وجه تمایز خصیصهٔ حقوقی آن‌ها از تکالیف اخلاقی است.

با این اوصاف سرباز زدن از انجام وظایف محوله در خانواده از طرف هریک از زوجین، درحقیقت سرپیچی از حکم خداوند و مخالفت با آن است؛ و ازآنجا که شالودهٔ افراد در خانواده شکل می‌گیرد، هم در آیات گوناگونی از قرآن کریم و هم در روایات صادرشده از جانب معصومین (ع) بارها دستورالعمل‌های اخلاقی و همچنین تمهیدات حقوقی برای حفظ ارکان خانواده را شاهد هستیم (میرخانی، ۱۳۷۷،۲۶).

در همین راستا، شارع مقدس، ضمن محترم شمردن و به‌رسمیت شناختن حق جنسی هریک از زوجین، تدابیری برای مدیریت و ارضای هرچه کامل‌تر و بهتر این غریزه در چارچوب خانواده اتخاذ کرده است. این تدابیر که هم جنبهٔ بازدارنده و هم جنبهٔ حمایتی دارد، برای تمامی مراحل زندگی زناشویی، حتی در اوج اختلافات کارگشا است.

تحقیق در کتب فقهی نشان می‌دهد که عمل نکردن به احکام شرعی در چهار حوزهٔ نفقه، قسم، مواقعه و معاشرت به معروف، نسبت به زن، مصادیق نشوز مرد هستند (عاملی، ۱۴۱۰ق،۱، ۶۳۲) و به تصریح آیهٔ قرآن، هریک از زن و مرد به محض بیم از رخ دادن نشوز از طرف مقابل، باید برای حل و برطرف کردن آن اقدام نماید.

بر کسی پوشیده نیست که در تنظیم روابط عاطفی زن و شوهر اخلاق بیش از قانون مؤثر است. اجبار دادگاه نه مرد را ملزم به حسن معاشرت با زن خواهد ساخت و نه زن را وفادار و مطیع شوهر خواهد کرد. بنابراین در این عرصه حقوق وام‌دار اخلاق است (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ۱۵۵).

ازجمله حقوق زوجین در خانواده که به ازای آن مکلف به احقاق حق دیگری نیز هستند، حق جنسی هریک از آن‌هاست که محدودهٔ آن در شرع مقدس تعیین شده است. هریک از زن و مرد حق دارند که از تمتعات جنسی مشروع بهره‌مند گردند و البته در این بهره‌مندی مکلف به انجام وظیفهٔ خود در قبال یکدیگر نیز هستند. امتناع از انجام وظایف زوجیت در اصطلاح فقهی نشوز نامیده می‌شود (عاملی، ۱۴۱۰ق، ۱۸۷). در قرآن کریم نیز خداوند در آیات ۳۴ و ۱۲۸ سورهٔ نساء صراحتاً به یکی از این حقوق اشاره کرده و زوجین را به انجام تکالیف در راستای احقاق حق طرف مقابل دعوت نموده است.

آنچه در نظام قانون‌گذاری اسلام بیش از هرچیز جلب نظر می‌کند، توجه تام و تمام شرع مقدس به مسئلهٔ تحکیم خانواده و حراست از پیوندی است که از آن به «میثاق غلیظ»[1]تعبیر شده است. مفهوم میثاق به‌تنهایی در واژه‌شناسی و ترمینولوژی قرآنی، همواره برخوردار از نوعی وجههٔ مثبت، بلکه قداست است (خوش‌منش، ۱۳۹۱،۱۰۴). ازآنجا که واژهٔ میثاق دلالت بر استواری و وثوق دارد، به پیمانی اطلاق می‌شود که با نوعی وثیقه و سوگند موثق و مؤکد شده و وصف غلیظ نیز بر شدت، صلابت و استواریِ پایدار دلالت دارد و به‌نوعی بر مفهوم میثاق تأکید می‌کند. بنابراین، ترکیب وصفی این دو واژه و کاربرد آن بر پیوند ازدواج دلالت دارد که از دیدگاه قرآن کریم میثاق همسری و پیمان زناشویی از استوارترین و ارزشمندترین پیمان‌های بشری است (ملکوتی‌خواه، ۱۳۹۰،۱۱۶). به این ترتیب، قداستی که به ازدواج بخشیده شده، آن را از عقود دیگر ممتاز کرده است؛ تاجایی که فقها آن را به عبادات نزدیک‌تر دانسته‌اند تا عقود و پیمان‌ها، چراکه ازدواج کردن برابر با کامل شدن نصف دین افراد قرار داده شده است (کلینی، ۱۴۲۹ق، ۱۰، ۵۸۲). چنین تعبیری از ازدواج نکاح را در چهرهٔ ملکوتی‌اش می‌بیند و آن را عبادت می‌داند (جوادی آملی، ۱۳۸۷،

۱. سورهٔ مبارکهٔ نساء، آیهٔ ۲۱

۱۸، ۲۶۶). بنابراین قوانین وضع‌شده برای این میثاق غلیظ، در راستای حفاظت از کیان خانواده و کمک به بازدهی حداکثری این نهاد، هم برای افراد و هم برای جامعه است. از نظر حقوقی نیز بر مراقبت از نهاد خانواده به شیوه‌های مختلف تأکید شده است. بندهای ۱ و ۲ مادهٔ ۱۶ اعلامیهٔ حقوق بشر خانواده را رکن اساسی جامعه و مستحق حمایت در دولت و جامعه دانسته است. اصل ۱۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز ضمن اشاره به جایگاه بنیادی خانواده، رویکرد همهٔ قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوطه را الزاماً در جهت تسهیل و تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایهٔ حقوق و اخلاق اسلامی دانسته است (توجهی،۱۳۸۹، ۲۲۵).

پژوهش حاضر بر آن است به تبیین نگرش فقه و حقوق اسلامی به حق جنسی زن از رهگذر مداقه در عواملی نظیر تحکیم خانواده، حسن معاشرت و نحوهٔ برخورد با نشوز زوج بپردازد.

۱. تحکیم خانواده

تحکیم در لغت به معنای داوری کردن، حکم ساختن، استوار کردن و محکم ساختن آمده است (معین، ۱۳۶۰، ۱، ۷۷۰).

عوامل مختلفی در استحکام خانواده تأثیرگذارند که از جملهٔ آن‌ها می‌توان به عوامل اعتقادی، اخلاقی، عاطفی- روانی، حقوقی و اقتصادی اشاره کرد. از مهم‌ترین عوامل استحکام خانواده، عامل عاطفی و روانی است که در ارتباط اعضای خانواده و همچنین ایجاد پیوند و محبت میان آن‌ها نقش اساسی دارد (استادی،۱۳۹۵، ۶۲).

در اسلام پیوند زناشویی از نشانه‌های قدرت و حکمت پروردگار بیان شده و مودت و رحمت است که کانون خانواده را استواری می‌بخشد (روم: ۲۱). مقصود از تحکیم خانواده، حفظ حقوق تک‌تک اعضا با محور قرار دادن اخلاق است که روابط افراد خانواده در سایهٔ آن شکل گرفته است. اگر هدف از برقراری زوجیت و تشکیل خانواده به تعبیر قرآن «به سکونت رسیدن اعضاست»، لازم است که همهٔ رفتارها و تعاملات در راستای تحقق این هدف باشد و منظور از تحکیم، به کمال رساندن همین سکونت است که با کمترین ظلم و تحقیرِ حتی

یک عضو خانواده سازگار نیست. قرآن کریم به‌عنوان کتاب راهنمای بشر، به‌منظور نشان دادن مسیر حیات طیبه و زندگی متعالی، بخش زیادی از آیات خود را به تنظیم و تعدیل روابط اعضای خانواده، حقوق و وظایف همسران و فرزندان اختصاص داده است. در یک نگاه کلی تمامی احکام و دستورات اسلام به نوعی ناظر بر صیانت از خانواده است (حسینی، ۱۳۸۳،۵۲).

۲. حسن معاشرت

یکی از عوامل حفظ تحکیم خانواده، پایبندی به اصل معروف و ملتزم بودن به حسن معاشرت همسران با یکدیگر است. حسن معاشرت یا معاشرت نیکو که در قرآن با عنوان معاشرت به معروف آمده است، اشاره به حالتی دارد که زن و شوهر با یکدیگر به بهترین نحوی که مورد پسند عرف متشرعه و عقلای زمان است رفتار می‌کنند. علامه طباطبایی اصل معروف را اصلی آسمانی برای زندگی اجتماعی زنان می‌داند (طباطبایی، ۱۳۷۲، ۴، ۴۰۵). واژهٔ «معروف» در قرآن ۳۲ بار تکرار شده که ۱۹ بار آن مربوط به زندگی خانوادگی است. خداوند در آیات متعددی مانند ۲۲۹، ۲۳۱، ۲۳۵ و ۲۳۷ سورهٔ بقره، آیهٔ ۱۹ سورهٔ نساء و آیهٔ ۶ سورهٔ طلاق به رفتار نیکو و حسن سلوک زوجین سفارش فرموده است و حتی در آیات متعدد دیگری تأکید دارد که در صورت عدم ادامهٔ زندگی زناشویی و ناچار شدن به جدایی از یکدیگر، این جدایی نیز باید بر پایهٔ حسن رفتار و به بهترین وجه باشد. این اندازه توجه شرع مقدس، خود گواه بر اهمیت این موضوع و تأکید خداوند بر رعایت آن در کانون خانواده است.

حاکمیت اصل معاشرت به معروف و جایگاه حقوق زوجه و اهمیت تکلیف زوج به تأدیه آن، تا حدی است که برخی فقها بر این عقیده‌اند که فرار از آن، سفر انسان را به سفر معصیت تبدیل می‌کند؛ چنان‌که بسیاری از فقیهان نذر شوهر مبنی بر خودداری از ایفای برخی از وظایف خاص نسبت به همسر را ناصحیح دانسته‌اند (حبیبی‌تبار و فراهانی، ۱۳۹۴،۵۵).

با تحقق زوجیت، طرفین به انجام وظایف همسری و رعایت حقوق دیگری ملزم

می‌شوند، چنانچه در مادهٔ ۱۱۰۲ قانون مدنی هم این‌گونه آمده است: «همین که نکاح به طور صحت واقع شد روابط زوجیت بین طرفین موجود، و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود». بنابراین رعایت اصل معاشرت به معروف وظیفهٔ مشترک زن و مرد در زندگی زناشویی شمرده می‌شود.

کلمهٔ «معروف» به معنای هر امری است که عقلا و متشرعان در مجتمع خود آن را بشناسند، آن را انکار نکنند و جاهل بدان نباشند؛ و چون دستور به معاشرت کردن با زنان را مقید فرمود به قید معروف، قهراً معنای امر به معاشرت با زنان معاشرتی است که در بین مأموران به این امر یعنی مسلمانان معروف باشد. معاشرتی که از نظر مردان معروف و شناخته شده و در بین آنان متعارف است (طباطبایی، ۱۳۷۲، ۴، ۴۰۴). طبیعی است که مصادیق معروف از زمانی تا زمان دیگر و از جامعه‌ای به جامعهٔ دیگر متفاوت خواهد بود؛ گرچه مبانی معرفتی آن برخوردار از ثبات، دوام و استمرار است. زیرا این مبانی مبتنی بر کرامت الهی انسان، حرمت حقوق ذاتی و انسانی وی و ضرورت فراهم آوردن زمینه‌های به فعلیت رسیدن ظرفیت‌های عقلانی، عاطفی و طبیعی انسان است و هنجارها و رفتارها و عادات و اعرافی را به‌رسمیت می‌شناسد که همسو با کرامت، حقوق، آزادی‌ها و ظرفیت‌های تکاملی انسان در ابعاد عقلی، عاطفی و طبیعی است. هوشمندی و ظرافت این دستور قرآنی و وظیفهٔ شرعی از همین رهگذر مشخص می‌شود. خداوند درنهایتِ کاردانی و تدبیر، بی‌آنکه برای معاشرت نیکو مصداق خاصی معین کند، مردم هر عصر و زمان را به عمل در چارچوب بهترین‌های جامعهٔ خود فرا خوانده است.

۳. حراست از حق جنسی زن در سایهٔ به‌رسمیت شناختن نشوز مرد

یکی از ظرفیت‌هایی که معاشرت زن و شوهر با یکدیگر از حالت معروف خارج می‌شود و زمینه‌ها و شرایط ظهور و بروز مشکلات بسیاری در زندگی را فراهم می‌آورد، زمانی است که هریک از زن و شوهر از انجام وظایف زناشویی خود سرباز زند و زمینهٔ نگرانی طرف مقابل، تنش و تزلزل در روابط با همسر را فراهم آورد. این حالت که شانه خالی کردن از وظایف زناشویی است در اصطلاح نشوز نامیده می‌شود. اهل لغت نشوز را مکان مرتفع یا مرتفع از زمین می‌دانند (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۵، ۴۱۷)، فقها نشوز را خروج از اطاعت هم معنا کرده‌اند

(عاملی، ۱۴۱۰ق، ۱۸۷). محقق حلی نشوز را ارتفاع یکی از زوجین نسبت به انجام وظیفه‌اش در مقابل همسر در آنچه بر او واجب است می‌داند (محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ۱، ۱۹۱). همچنین صاحب جواهر معتقد بود امتناع هریک از زوجین نسبت به آنچه از حق دیگری بر او واجب است، نشوز نامیده می‌شود؛ چراکه این خروج از اطاعت درواقع معصیت است به سبب خروج وی از آنچه خداوند از حق دیگری بر او واجب نموده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۱، ۲۰۱).

مداقه در متون فقهی و اسلامی دو تعریف از نشوز را به ما نشان می‌دهد:

- کراهت زوج از همسر و احیاناً تصمیم وی به طلاق. ابن منظور نشوز را به کراهت داشتن هریک از زوجین نسبت به دیگری و بدرفتاری و سوء معاشرت با دیگری معنا می‌کند (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۵، ۴۱۷). در این وضعیت بیم آن می‌رود که کراهت باطنی در رفتار زوج اثر بگذارد و حقوق وی را نقض نماید. این حالت همان «خوف نشوز» یا «اعراض» است و توصیهٔ خدای متعال به صلح در آیهٔ یادشده نیز ناظر به همین حالت است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ۴۸۹). اعراض را پشت کردن و دور شدن معنا کرده‌اند (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ۱۰، ۸۸). اعراض به معنای مصدری، اعراض کردن، رو برتافتن، نگاه برگرداندن، دوری کردن و خودداری کردن و در صورت غیر مصدر به معنای پرهیز، اجتناب، دوری، خودداری و اکراه است (آذرتاش، ۱۳۸۳، ۴۳۰ و ۴۳۱). بنابراین به لحاظ ماهیتی با نشوز متفاوت است؛ چه در اعراض، زوج نسبت به زندگی خانوادگی و نیازهای زن بی‌توجه می‌شود، حال آنکه در نشوز زوج از ادای حقوق زوجه سر باز می‌زند. به‌عبارتی پیدایی حالت اعراض، هشداری است برای توجه و جلوگیری از رخ دادن مرحلهٔ بعد که همان نشوز است. کاشانی در زبده‌التفاسیر معتقد است اعراض سبک‌تر و خفیف‌تر از نشوز است؛ یعنی زوج از زوجهٔ خود اعراض نموده و با او مجالست نمی‌کند یا گشاده‌رویی ندارد، که در این پیشامد هم زن ممکن است مقصر باشد و هم مرد (مرادخانی، ۱۳۹۴،۱۱۰).
- تعریف دیگر همانا تمرد از دستور الهی و انجام ندادن وظایف زندگی خانوادگی است که به نشوز از آن تعبیر می‌گردد. محقق حلی در شرایع، نشوز را هم در مورد زوج و هم

زوجه محقق می‌داند و می‌نویسد: «نشوز خروج از طاعت است که گاه از مرد سر می‌زند و گاه از زن» (حلی، ۱۳۸۹، ۲، ۳۳۸). مشکینی نشوز مرد را ظلم کردن در حق زن و انجام ندادن حقوق واجب وی و رعایت نکردن همخوابگی (حق قسم) و ترک نفقه و مانند آن می‌داند (مشکینی، ۱۳۷۸، ۵۳۷).

۴. خوف نشوز

خوف نشوز مرد برآمده از آیهٔ ۱۲۸ سورهٔ نساء است: «وَ إِنِ امْرَأَةٌ خافَتْ مِنْ بَعْلِها نُشُوزاً أَوْ إِعْراضاً فَلا جُناحَ عَلَيْهِما أَنْ يُصْلِحا بَيْنَهُما صُلْحاً وَ الصُّلْحُ خَيْرٌ ...». نشوز به معنای عصیان و استکبار از اطاعت است و مراد از خوف نشوز این است که علائم آن به‌تدریج پیدا و معلوم شود (طباطبایی، ۱۳۷۲، ۴، ۵۴۵). بنابراین زمانی که سردی روابط بین زن و شوهر به درجه‌ای برسد که بیم آن برود زوجین نسبت به حق‌های ثابت دیگری بی‌تفاوت خواهند شد و فرمان خداوند مبنی بر انجام تکلیف و رعایت حقوق طرف مقابل انجام نخواهد شد، به خوف نشوز تعبیر می‌شود. چنان‌که مشخص است در اسلام حساسیت زیادی بر ارزیابی روابط خانوادگی به‌طور مستمر و توجه به نشانه‌های سردی و دوری زوجین در رفتار و گفتار آن‌ها وجود دارد. آن چیزی که در آیات ۳۴ و ۱۲۸ سورهٔ نساء مربوط به نشوز زوج و زوجه و راهکارهای برون‌رفت از مشکل، بسیار مبرهن و جلوه‌گر است، جلوگیری از سرد شدن روابط و برطرف کردن موانع حسن سلوک می‌باشد. به‌عبارتی زوجین موظف هستند پیش از کشیده شدن کار به جایی که امکان برگشت و جبران وجود ندارد و با رخ دادن حتی کمترین نشانه‌ها و علائم اختلاف، ضمن جلوگیری از دخالت اطرافیان، خود به پر کردن خلأهای زندگی خود بپردازند و اینها همه به دلیل حفظ حریم مقدس خانواده و اهمیت این نهاد در دین مبین اسلام است. خداوند حتی در این آیه شرط اصلاح زندگی را توجه به خوف نشوز و اقدام در این مرحله اعلام می‌کند؛ پیش از آنکه نشوز عملاً اتفاق بیفتد. درحقیقت موضوع صلح به محض تحقق علامت‌ها و آثار ترس‌آور آن‌ها که قرآن از آن به خوف از نشوز و اعراض تعبیر فرموده است، محقق می‌شود (طباطبایی، ۱۳۷۲، ۵، ۱۶۳).

۵. ماهیت و شرایط نشوز زوج

آموزه‌های فقهی در تعریف نشوز مبتنی بر تأویلات لفظی یا مصداقی، لکن ناظر به

مفهوم و ماهیت واحدی است؛ چنان‌که شهید ثانی در تأویلی لفظی- مصداقی می‌نویسد: نشوز الزوج ... و هو أن یتعدّی الزوج و یمنعها بعض حقوقها الواجبه من نفقه و قسمه أو یسیء خلقه معها و یؤذیها و یضربها بغیر سبب مبیح له ذالک (عاملی، ۱۴۱۳ق، ۸، ۳۶۲). شهید ثانی نشوز زوج را به امتناع از انجام وظایف و ادا نکردن بعضی از حقوق واجب زن مانند نفقه یا حق قسم می‌داند. همچنین سوء خلق و آزار و ضرب و شتم غیرجایز را نیز از مصادیق نشوز زوج بر می‌شمارد؛ اگرچه اتفاق بر ماهیت واحد مانع از اختلاف در مصادیق نیست.

ولی امام خمینی (ره) بیتوته یا ماندن با همسر را از وظایف زوج بر می‌شمارد و مقدار لازم بیتوته را این‌گونه معرفی می‌کند: «زوج، همسرش را به صورت معلق که نه صاحب شوهر و نه مطلقه باشد رها نکند و عرفا معاشرت به معروف کند» (خمینی، ۱۴۲۵ق، ۳، ۵۴۱).

با درنظر گرفتن تعریف شهید ثانی می‌توان به این نکته رسید که نشوز زوج هم شامل عمل نکردن به وظایف زناشویی است و هم عدم حسن خلق و حسن معاشرت را دربر می‌گیرد. همچنین طبق بیان امام خمینی (ره)، رها نکردن و خودداری از طلاق در مواقعی که شوهر وظایف خود را انجام نمی‌دهد نیز مصداق نشوز زوج است. بنابراین همسری ناشز خطاب می‌شود که از طرفی حقوق واجب زن را رعایت نمی‌کند و از طرف دیگر به طلاق هم راضی نمی‌شود.

شایان ذکر است که در تعریف متعارف از نشوز مرد در فقه شیعه، ناشز به مردی گفته می‌شود که قصد ادامهٔ زندگی با همسر خویش را نداشته، در صدد طلاق وی یا ازدواج با دیگری به سبب کراهت داشتن نسبت به اوست (زنجانی، ۱۴۱۹ق، ۲۵، ۷۷۱۰). با وجود این، فرض غیرمتعارفی از نشوز مرد هم در کتب فقهی تعریف شده است که حکمی متفاوت با حکم نشوز متعارف مرد دارد. در این فرض اگر مرد حقوقی همچون کسوه، نفقه و یا حق‌القسم زن را ادا نکند، بدون حساب او را کتک بزند و یا مرتکب تحمیل‌های غیرمجاز بر او شود، زن علاوه بر داشتن حق وعظ، می‌تواند حقوق خود را با مراجعه به حاکم مطالبه نماید (همان؛ عاملی، ۱۴۱۰ق، ۲۵، ۷۷۱۰؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۱، ۲۰۷).

از چهار مصداقی که عدم عمل به آن زمینهٔ تحقق نشوز زوج را فراهم می‌سازد، برخورداری از حق «مواقعه» و حق «قسم» زیرمجموعهٔ حقوق جنسی زوجه است. بنابراین «نفقه» جزء حقوق مالی زن و «حسن معاشرت»، «قسم» و «مواقعه» از حقوق غیرمالی وی است و رعایت نکردن حق زوجه در این چهار زمینه از سوی زوج به نشوز زوج تعبیر می‌شود.

۶. رویکرد اسلام برای مواجهه با نشوز زوج

در فقه امامیه نشوز زوج به دو مفهوم تبیین شده است. عده‌ای از فقها نشوز زوج را به معنای کراهت وی از زوجه و اهتمام به طلاق او برداشت می‌کنند و با استدلال به آیهٔ ۱۲۸ سورهٔ نساء و ظاهر برخی روایات چاره آن را گذشت زن از برخی از حقوق حقهٔ خود می‌دانند. فقهایی چون شیخ طوسی، ابن بابویه، حلی و راوندی این تعریف را بیان کرده‌اند (هدایت‌نیا، ۱۳۸۹،۷۳). به این ترتیب گروهی از فقها با اینکه برای زوج نیز قائل به نشوز هستند، تخطی از ادای حقوق زوجه را مصداق نشوز زوج نمی‌دانند. این در حالی است که کراهت همسر از زن، مرحلهٔ پیش از نشوز و به‌عبارتی خوف از نشوز است که در قرآن دربارهٔ آن بحث شده است. به این معنا که کراهت مرد از زن مقدمهٔ عدم رعایت حقوق وی خواهد شدکه همان نشوز است؛ هرچند این مسئله برای همهٔ زوجین صادق نیست، و هستند مردان و زنانی که به فرمان خداوند از ادای حقوق همسر خود در عین کراهت از وی کوتاهی نمی‌کنند.

اما در تعریفی دیگر، نشوز به معنای عمل نکردن به وظایف همسری قلمداد شده است. این تعریف در سخن فقهایی چون محقق حلی، شهید ثانی، صاحب جواهر و سبحانی تبریزی دیده می‌شود.

برای نشوز زوج در زندگی زناشویی چهار مصداق متصور است. از متون فقهی موجود چنین بر می‌آید که عمل نکردن به دستورات دین در چهار حوزهٔ نفقه (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۰، ۳۰۲)، قسم (همان، ۳۱، ۱۴۸)، مواقعه (حلی، ۱۴۱۳، ۳، ۵۰) و معاشرت به معروف نسبت به زن (عاملی، ۱۴۲۵ق، ۸، ۳۶۲)، مصادیق نشوز مرد هستند و طبق تصریح آیهٔ قرآن (نساء: ۱۲۸)، زن به محض بیم از رخ دادن نشوز باید برای حل و برطرف کردن آن اقدام نماید. صاحب جواهر معتقد است علت تشریع حقوق اختصاصی زن در زندگی مشترک (حق قسم و

حق مواقعه)، تقویت رابطهٔ انس و مودت میان زن و شوهر، رعایت عدالت میان همسران، عدم ایذای زن و معاشرت بر اساس معروف است (حبیبی‌تبار و فراهانی، ۱۳۹۴،۲۵۸).

جایگاه حقوق زوجه و تکلیف زوج به تأدیهٔ آن تا حدی است که فرار از آن چه‌بسا سفر انسان را به سفر معصیت تبدیل کند. در همین زمینه مرحوم آیت‌الله فاضل لنکرانی می‌فرماید: «اگر مرد بدون اجازهٔ همسر سفر کند و سفر او به قصد اداء نکردن حق زوجه و ترک واجب باشد، سفر او معصیت و حرام است و باید نماز را تمام بخواند». چنان‌که بسیاری از فقها نذر شوهر مبنی بر خودداری از ایفای برخی از وظایف خاص نسبت به همسر را ناصحیح دانسته‌اند (ایمانی، ۱۳۸۹، ۶۷).

شوهری که هم از تأدیهٔ حقوق خودداری می‌کند و هم از رها کردن زن به صورت شرعی امتناع می‌ورزد، از اختیارات خود سوء استفاده کرده و مرتکب عصیان و نشوز شده است.

بررسی قوانین و نیز ملاحظهٔ آرای فقها بیانگر آن است که در قبال نشوز زوج، گذشته از توصیه زوجه به صلح و صرف‌نظر کردن از قسمتی از حقوق خود در صورت امکان، دو دسته ضمانت اجرای مدنی و کیفری وجود دارد (توجهی،۱۳۸۹، ۲۲۸).

در مواردی که نشوز زوج سبب عسر و حرج زوجه شود، امکان طلاق قضایی و یا طلاق به دستور حاکم، با توجه به قاعدهٔ «الحاکم ولی الممتنع» وجود خواهد داشت؛ یعنی با اثبات عسر و حرج زوجه به سبب سوء رفتار زوج، حاکم شرع می‌تواند از جانب مرد زن را مطلقه نماید.

اما در مورد ضمانت اجرای کیفری نیز اغلب فقهایی که شقوق مختلف نشوز زوج را برشمرده‌اند، امکان تعزیر مرد ناشز را نیز مطرح ساخته‌اند.

آنچه در کلام فقها لزوم تعزیر را موجب گردیده، حرمت معطل گذاشتن یک انسان و قطعاً آثار اجتماعی این عمل غیرانسانی است که با مقاصد عالی شریعت در تعارض است (حبیبی‌تبار، ۱۳۸۰، ۲۵۸).

۷. تأکید بر تعزیری شدن مجازات

مشروعیت پاسخ‌های کیفری در نشوز مرد از وجوه دیگر حمایت از حقوق انسانی زن، خاصه در افق نیازهای جنسی و عاطفی است. بدین‌سان شهید ثانی می‌گوید: و لو نشز الزوج بمنع حقوقها الواجبهٔ لها علیه من قسم، و نفقهٔ فلها المطالبهٔ بها، و للحاکم إلزامه بها فإن أساء خلقه و آذاها بضرب و غیره بلا سبب صحیح نهاه عن ذلک، فإن عاد إلیه عزره بما یراه (عاملی، ۱۴۱۰ق، ۵، ۴۲۹). چنانچه ملاحظه می‌شود، شهید ثانی الزام زوج به ترک نشوز را از وظایف قاضی می‌داند و حق تعزیر در موارد تحقق نشوز را به قاضی می‌دهد. درست است که کانون خانواده از ویژگی‌هایی برخوردار است که ایجاد و بقای آن با الزام و اجبار کیفری سنخیت ندارد و تا جایی که امکان دارد باید از درنظر گرفتن ضمانت‌های کیفری برای این نهاد خودداری شود، با وجود این، در مواردی بنا به ضرورت از اصل اولیه عدول می‌شود. یکی از این موارد لزوم جرم‌انگاری نشوز زوج است.

در صورت نشوز زوج، چنانچه زن به وضعیت یادشده راضی نشود، می‌تواند به دادگاه مراجعه کند و الزام زوج را بر انجام وظایف و تکالیف بخواهد. در این صورت، دادگاه شوهر را ملزم به انجام وظایف و رعایت حقوق زوجه می‌کند. امتناع شوهر از انجام این تکالیف، گناه و جرم محسوب می‌شود؛ بنابراین دادگاه می‌تواند شوهر را در چنین مواردی تعزیر کند (بهجت، ۱۴۲۶ق، ۴، ۸۸ و ۶۱۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۱، ۲۰۷).

صاحب جواهر به‌صراحت بیان می‌کند که وقتی حاکم از نشوز زوج به‌واسطهٔ اقرار یا شهود یا اطلاع باخبر شد، مرد را از فعلی که بر او حرام است باز می‌دارد، و نسبت به ترک وظیفه‌اش او را به انجام تکلیف وا می‌دارد و اگر مؤثر واقع نشد «عزره بما یراه»؛ یعنی حاکم مرد را بر ترک وظیفه تعزیر می‌نماید و حضرت امام خمینی (ره) هم در تحریرالوسیله عیناً همین نظر را دارد (موسوی خمینی، ۱۴۲۵ق، ۲، ۲۵۹).

۸. رویکرد قانون برای مواجهه با نشوز زوج

الزامات گفته شده در فقه که برگرفته از متن دین است به صورت مواد قانونی در قوانین جمهوری اسلامی منعکس شده است. برای نمونه در اصل ۲۱ قانون اساسی دولت موظف

می‌شود «حقوق زن را در تمام جهات با رعایت موازین اسلامی تضمین نماید» و در این راستا «احیای حقوق مادی و معنوی زن» و «ایجاد دادگاه صالح برای حفظ کیان و بقای خانواده» برعهدهٔ اوست. در مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی، «ترک زندگی خانوادگی توسط زوج حداقل به مدت شش ماه متوالی و یا نه ماه متناوب در مدت یک سال بدون عذر موجه» از مصادیق عسر و حرج شناخته شده است. مادهٔ ۱۱۰۳ قانون مدنی نیز «زن و شوهر را مکلف به حسن معاشرت با یکدیگر» می‌داند. حقوق‌دانان داشتن روابط جنسی به‌طور متعارف را از لوازم حسن معاشرت بر می‌شمارند و هرگاه زن یا شوهر از آن امتناع کند، برخلاف وظیفهٔ حسن معاشرت رفتار کرده است (صفایی و امامی، ۱۳۷۲، ۱۶۱). شاهد دیگر مادهٔ ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی است که حد زنا را در صورت عنف یا اکراه اعدام اعلام می‌کند. درنظر گرفتن رضایت یا عدم رضایت زن در این حکم، و تفاوت شرایط و به تبع آن تفاوت در مجازات حاکی از وجود میل جنسی در زن است.

از سوی دیگر در مادهٔ ۱۱۰۲ قانون مدنی آمده است: «همین که نکاح به طور صحیح واقع شد، روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود» که نشان‌دهندهٔ حق و تکلیف متقابل زوجین در برابر نیاز جنسی یکدیگر به محض برقراری نکاح است.

اصل ۱۰ قانون اساسی در اقدامی پیشگیرانه اذعان می‌دارد: «از آنجا که خانواده واحد بنیادی جامعهٔ اسلامی است، همهٔ قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایهٔ حقوق و اخلاق اسلامی باشد». مادهٔ ۱۱۰۴ قانون مدنی نیز زوجین را موظف می‌کند «در تشدید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود به یکدیگر معاضدت نمایند» و به این ترتیب به‌نوعی در پی پیشگیری از آسیب مربوط به عدم رعایت حق جنسی طرفین است. حقوق‌دانان در توضیح این ماده امتناع هریک از زوجین از اقامهٔ حق جنسی طرف دیگر را مصداق نشوز آن‌ها دانسته، در صورت وقوع زن را مستحق دریافت نفقه نمی‌دانند و مرد را ناشز خطاب می‌کنند (لطفی، ۱۳۸۸، ۱، ۲۷۰).

در همین راستا در مقدمهٔ قانون اساسی تصریح می‌شود در ذهنیت ویژهٔ حقوق ایران از خانواده، تلقی از زن، تلقی «شیء بودن و یا ابزار کار بودن در خدمت اشاعهٔ مصرف زندگی و استثمار» نیست و او «ارزش و کرامت والاتری» در دیدگاه اسلامی دارد. بنابراین اگر زن صرفاً شیء و ابزار تمتع مرد نباشد، باید به نیازها و روحیاتش پاسخ ویژه و درخور داده شود.

در مورد نشوز زوج، ماده واحدهٔ صریحی در قانون جمهوری اسلامی ایران وجود ندارد. بااین‌حال مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی بدون اشاره به نشوز مرد اعلام می‌دارد: «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند. چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد زوجه به إذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود». حقوق‌دانان از این ماده استفاده کرده‌اند و نشوز زوج را یکی از موارد عسر و حرج زن می‌دانند که در صورت اثبات در دادگاه برای وی حق طلاق از سوی قاضی را ایجاد می‌کند. درواقع تنها بُعد ترک انفاق نشوز مرد در قانون مطرح و برای آن ضمانت اجرای کیفری درنظر گرفته شده است. طبق مادهٔ ۱۱۱۱ قانون مدنی «زن می‌تواند در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه به محکمه رجوع کند. در این صورت محکمه میزان نفقه را معین و شوهر را به دادن آن محکوم خواهد کرد». مادهٔ ۱۱۱۲ اذعان می‌دارد که اگر طبق شیوهٔ مادهٔ ۱۱۱۱ امکان وصول نفقه نباشد، طبق مادهٔ ۱۱۲۹ همین قانون که می‌گوید «در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجراء حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر او را اجبار به طلاق می‌نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه (ر.ک. مادهٔ ۱۰۵ ق.م.ا)»، با زوج برخورد خواهد شد.

بنابراین در مورد نشوز مرد، همان‌گونه که پیش‌تر آمد، چهار مصداق برای آن در متون فقهی مشخص شده است (نفقه، قسم، مواقعه، حسن معاشرت)، قانون مشخصی وجود ندارد و تنها در مورد ترک انفاق از طرف مرد، زن می‌تواند به دادگاه مراجعه کند و در صورت امتناع مرد از پرداخت، قاضی به‌عنوان ولی ممتنع وی را مطلقه سازد. به این ترتیب در مورد مسئولیت‌های غیرمالی زوج هیچ ضمانت اجرایی در متون حقوقی تعریف نشده و تنها راهِ زنی که در چنین وضعیتی قرار دارد، تمسک به اثبات عسر و حرج خود در دادگاه است.

رویهٔ قضایی نیز مؤید همین مطلب است. در پرونده‌هایی که زوجه به علت عدم برقراری رابطهٔ جنسی درخواست طلاق داده است، ذیل مادهٔ ۱۱۳۰ و با اثبات عسر و حرج خود توانسته است دادگاه را متقاعد به صدور رأی طلاق نماید و قاضی نیز با همین مستندات رأی را صادر کرده است. به عبارت دیگر نشوز زوج به‌تنهایی مسبب صدور رأی طلاق نیست. برای مثال در تاریخ ۲۶ اسفند ۱۳۹۲ برای موردی که زوجه گواهی پزشکی دال بر باکره بودن خود پس از چند سال زندگی مشترک و عدم توانایی زوج در انجام عمل زناشویی را به دادگاه ارائه کرده بود، دادگاه تجدیدنظر استان تهران با احراز عسر و حرج زوجه ذیل مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی، گواهی عدم امکان سازش را صادر کرده است. به همین ترتیب، شعبهٔ ۱ دیوان عالی کشور نیز در تاریخ ۱۳ اسفند ۱۳۹۲ با توجه به نظر داوران که موفق به سازش و اصلاح ذات‌البین نشده‌اند، تنفر زوجه از زوج را معمولی و عادی ندانسته و به سبب خوف بسیار زیاد وقوع فساد و فراهم شدن موجبات عسر و حرج با این حد از کراهت و نفرت گواهی عدم امکان سازش ذیل مادهٔ ۱۱۳۰ را صادر نموده است. در این پرونده سال‌های اول ازدواج زوج از ارتباط زناشویی خودداری کرده بود و پس از آن نیز زوجه اقدام به ترک منزل مشترک کرده و پس از ۱۲ سال درخواست طلاق داده بود.

شعبهٔ ۱۲ دیوان عالی کشور نیز در تاریخ ۱۵ اردیبهشت ۱۳۹۲ در پرونده‌ای رأی به عدم امکان سازش داده و طلاق زوجه را صادر کرده است؛ به این دلیل که زوجین تنها هشت ماه زندگی مشترک داشته‌اند و مدت زیادی را جدا از هم زندگی کرده‌اند و برای جلوگیری از ایجاد مفسده ادامهٔ زندگی مشترک بین آنان در وضعیت موجود مصلحت نیست.[۱]

این درحالی است که اصل ۳ قانون اساسی در مورد چهاردهم «تأمین حقوق همه‌جانبهٔ افراد از زن و مرد و ایجاد امنیت قضایی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون» را یادآور می‌شود. همچنین در اصل ۲۰ بر «حمایت قانونی یکسان» از همهٔ افراد «اعم از زن و مرد» و در همهٔ جنبه‌ها و ابعاد حقوق «با رعایت موازین اسلام» تأکید شده است.

تأکید بر جرم‌انگاری نشوز زوج و درنظر گرفتن ضمانت اجرای کیفری برای موارد غیرمالی نشوز وی، از آن جهت است که در حال حاضر زوجه تنها با اثبات عسر و حرج خود

۱. سایت پژوهشگاه قوهٔ قضائیه

به دادگاه می‌تواند امکان رهایی از زندگی را که در آن به لحاظ جنسی در مضیقه است، پیدا کند، حال آنکه نشوز زوج طبق قواعد فقهی به‌تنهایی موجب طلاق زوجه است و لزومی به اثبات عسر و حرج در این زمینه نیست (حکمت‌نیا، ۱۳۸۸، ۲، ۱۸۷)؛ امری که در محاکم ما رعایت نمی‌شود و زن مجبور است عسر و حرج خود را در موردی اثبات کند که عملاً امکان اثبات آن وجود ندارد، چراکه اغلب زوج در چنین مواردی حاضر به شهادت دادن نیست و برای روابط خصوصی زوجین هم عموماً شاهدی وجود ندارد.

نتیجه

استواری کانون خانواده بر پایهٔ عواطف و احساسات و وابستگی‌های روحی، نقش و حضور کیفر و مجازات را در آن کم‌رنگ می‌کند و خصوصی بودن آن تا حدودی ورود قانون را به آن با محظورات مربوط به حرمت حقوق و آزادی‌های فرد در ساحت حریم خصوصی خانواده مواجه می‌سازد. ملاحظهٔ همین ویژگی، در جرایم عمومی نیز یکی از ادلهٔ قابل گذشت بودن برخی از جرایم ملاحظات خانوادگی و حیثیتی است. بنابراین در موارد مربوط به مشکلات خانوادگی به طریق اولی رعایت حریم خصوصی خانواده و اولویت‌بندی اهمیت بسزایی دارد و ورود قانون به این عرصه باید به موارد بسیار ضروری محدود شود؛ چراکه فرو ریختن پرده‌های محبت و احترام، صدمهٔ جبران‌ناپذیری است که در اغلب موارد ادامهٔ زندگی را ناممکن می‌سازد. بااین‌حال کمک گرفتن از قانون و حراست از حریم افراد در برخی موارد اجتناب‌ناپذیر می‌نماید و راهی به جز تمسک به ضمانت‌های کیفری باقی نمی‌ماند. از جملهٔ این موارد ضایع شدن حقوق اولیهٔ افراد در زندگی مشترک است و طبیعتاً حق جنسی یکی از مهم‌ترین حقوقی است که در زندگی زناشویی می‌توان برای زوجین متصور شد.

تأثیر عدم برآورده شدن این نیاز در روحیات زوجین و نحوهٔ ادامهٔ زندگی آنان غیرقابل انکار است؛ تاجایی که دلیل بسیاری از طلاق‌ها ممکن است به عدم تفاهم زوجین در این مسئله بازگردد. بنابراین همان‌گونه که زن در زندگی مشترک موظف به تمکین نسبت به نیاز جنسی مرد است و عدم رعایت این مسئولیت ضمانت‌های کیفری شرعی و قانونی سنگینی برای وی در پی دارد، مرد نیز باید متوجهٔ نیاز جنسی همسر خود بوده، در این زمینه اهمال نورزد؛ چه آنکه در اسلام ارضای نیاز جنسی زن محدود به شوهرش است و همین

محدودیت بی‌شک وظیفهٔ مرد را سنگین‌تر خواهد کرد.

نشوز زوج در زندگی مشترک در صورت عدم انجام تعهدات شرعی و قانونی نسبت به زوجه که در فقه تحت چهار قالب نفقه، حسن معاشرت، مواقعه و قسم عنوان شده است، محقق می‌شود و پس از مرحلهٔ وعظ و نصیحت زن، در صورت عدم توجه و اصلاح زوج، حاکم حق تعزیر زوج را خواهد داشت.

ازآنجا که نهاد خانواده در اسلام به‌غایت ارزشمند و آیات قرآن و روایات معصومان (ع) نیز مؤید این مطلب است، نهایتِ تلاش شارع برای حفظ و حراست از کیان آن به‌کار گرفته شده است. ضمانت کیفری تعزیر شوهر ناشز نیز یکی از این تدابیر است که به امید اصلاح زوج و جلوگیری از نابودی بنیان خانواده در شریعت اسلام تعبیه شده است.

مشروعیت ورود حقوق به ساحت روابط انسانی مبتنی بر ضرورت‌های ناشی از حمایت از حق‌های ثابت است؛ حق‌هایی که به لحاظ عدم توازن‌ها و نابرابری‌های فیزیکی، موقعیت‌های اجتماعی و اقتصادی و در نهایت جنسیتی ممکن است در معرض نقض و نادیدگی واقع شود و موجد تام «حق‌آوری» مثبت، تکلیف و برخورداری از حق امتیاز نباشد.

برابری و مساوات در مقابل قانون از اصول بنیادین مشروعیت دخالت دولت در تنظیم روابط، علاوه بر مشروعیت اصل سلطه و حاکمیت است، لکن تبعیضات مثبت و فراهم آوردن شرایط استیفای برابر در ظرفیت‌ها و موقعیت‌های نابرابر اقتصادی، اجتماعی، فیزیکی و جنسیتی نه‌تنها ناقض اصل بنیادین برابری و مساوات در قبال قانون نیست، بلکه از ضرورت‌های مربوط به مشروعیت اعمال سلطه، اقتدار و حاکمیت، و دخالت در روابط انسانی است.

بدین‌سان در معادلهٔ برخورداری از حق بهره‌مندی برابر از حقوق انسانی، مدنی و شهروندی، اعمال تبعیضات نسبت به فراهم آوردن شرایط استیفا، نگرش به اصل مساوات و برابری در مقابل قانون با زمینهٔ عقلانی است.

منابع و مآخذ

۱. ***قرآن کریم***

۲. ***قانون مدنی***

۳. ابن منظور، ابوالفضل و جمال‌الدین، محمدبن مکرم (۱۴۱۴ق)، ***لسان العرب***، جلد پنجم، چاپ سوم، بیروت: دارالفکر الطباعه و النشر و التوزیع.

۴. آذرنوش، آذرتاش (۱۳۸۳)، ***فرهنگ معاصر عربی- فارسی***، چاپ چهارم، تهران: نشر نی.

۵. استادی، مجید و سالاری‌فر، محمدرضا ، «نقش عوامل عاطفی- روانی در تحکیم خانواده از منظر آیات و روایات با رویکرد سبک زندگی اسلامی»، ***پژوهش‌نامهٔ سبک زندگی***،۱۳۹۵ شمارهٔ ۳.

۶. بهجت، محمدتقی (۱۴۲۶ق)، ***جامع المسائل***، ۵ جلد، چاپ دوم، قم: دفتر آیت‌الله بهجت.

۷. توجهی، عبدالعلی ، «لزوم جرم‌انگاری نشوز زوج»، ***مطالعات راهبردی زنان***، ۱۳۸۹، شمارهٔ ۴۸.

۸. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۷)، ***تسنیم***، قم: اسرا.

۹. جهاد دانشگاهی واحد استان سمنان، ***تحکیم و تعالی خانواده***، جزوهٔ دورهٔ آموزشی غیرحضوری.

۱۰. حبیبی‌تبار، جواد (۱۳۸۰)، ***حقوق خانواده***، قم: گام به گام.

۱۱. حبیبی‌تبار، جواد و فراهانی، انسیه (۱۳۹۴)، «قانون حمایت خانواده و ضمانت اجرای مؤثر در مورد نشوز زوج»، ***فصلنامهٔ مطالعات اسلامی زنان و خانواده***،۱۳۹۴، شمارهٔ ۲، ص۴۹ تا ۷۰.

۱۲. حسینی، اکرم ، «تحکیم خانواده در آموزه‌های قرآنی»، ***فصلنامهٔ مطالعات راهبردی زنان***، ۱۳۸۳، شمارهٔ ۲۶.

۱۳. حکمت‌نیا، محمود و همکاران (۱۳۸۸)، ***فلسفهٔ حقوق خانواده***، جلد دوم، تهران: روابط عمومی شورای فرهنگی اجتماعی زنان.

۱۴. حلی، جعفربن الحسن (۱۳۸۹ق)، ***شرایع الاسلام***، جلد دوم، تهران: منشورات الاعلمی.

۱۵. خوش‌منش، ابوالفضل ، «ازدواج به مثابهٔ پیمان بزرگ معناشناسی تطبیقی «میثاق غلیظ» در قرآن»، ***فصلنامهٔ کتاب قیم***، ۱۳۹۱، شمارهٔ ۶.

۱۶. شاکری گلپایگانی، طوبی؛ کاردوانی، راحله؛ وکیلی، مهدی ، «بررسی فقهی حقوقی گسترهٔ نشوز زوجین و شیوه مواجهه با آن»، ***مطالعات راهبردی زنان***،۱۳۹۳، شمارهٔ ۶۴.

۱۷. طباطبایی، محمدحسین (۱۳۷۲)، ***تفسیر المیزان***، مترجم: سید محمدباقر موسوی همدانی، قم: دارالعلم.

۱۸. عاملی، محمدبن مکی (۱۴۱۰ق)، ***اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه***، دارالتراث، دارالاسلامیه.

۱۹. عاملی، زین‌الدین‌بن علی (۱۴۱۰ق)، ***الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه***، قم: کتابفروشی داوری.

۲۰. عاملی، زین‌الدین‌بن علی (۱۴۱۳ق)، ***مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام***، قم: مؤسسهٔ المعارف الاسلامیه.

۲۱. غلامپور، محمد و عبدالغنی، سکین اسامه (۱۳۸۸)، «عوامل تحکیم و تقویت خانواده»، ***فصلنامهٔ راه تربیت***.

۲۲. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ق)، ***تفصیل الشریعه فی شرح تحریرالوسیلهٔ، النکاح؛*** قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.

۲۳. کرمی، محمدتقی و احمدیه، مریم ، «تأثیر لاضرر بر حکم نشوز و شقاق زوجین»، ***مطالعات راهبردی زنان***، ۱۳۹۰، شمارهٔ ۵۱.

۲۴. مرادخانی، احمد (۱۳۹۴)، «احکام خانواده و نشوز مرد در کتاب التفسیر مسند امام رضا(ع)»، ***فصلنامهٔ پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی***،۱۳۹۴، شمارهٔ ۳۹.

۲۵. مشکینی، میرزا علی (۱۳۷۷)، ***مصطلحات الفقه***، قم: الهادی.

۲۶. ملکوتی‌خواه، اسماعیل (۱۳۹۰)، «معناشناسی «میثاق غلیظ» در پیمان همسری و بررسی مؤلفه‌های بنیادین وفاداری به آن»، ***فصلنامهٔ مطالعات راهبردی زنان***،۱۳۹۰، شمارهٔ ۵۲.

۲۷. معین، محمد (۱۳۶۰)، ***لغتنامه***، تهران: امیرکبیر.

۲۸. موسوی خمینی، روح‌الله (۱۴۲۵ق)، ***ترجمهٔ تحریر الوسیله***، (علی اسلامی)، جلد پنجم، دفتر انتشارات اسلامی.

۲۹. موسوی خمینی، روح‌الله (۱۳۸۴ق)، ***تحریر الوسیله***، جلد دوم، قم: مؤسسهٔ مطبوعات دارالعلم

۳۰. میرخانی، عزت‌السادات (۱۳۷۷)، «تأکید بر اخلاق، تلطیف در حقوق، دو ضرورت ناگسستنی خانواده»، ***مطالعات راهبردی زنان***، ۱۳۷۷، شمارهٔ ۲.

۳۱. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، ***جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام***، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

۳۲. هدایت‌نیا، فرج‌الله و سید علیزاده گنجی، سید جواد، «نشوز زوج در فقه و حقوق خانوادهٔ جمهوری اسلامی ایران»، ***مجلهٔ حقوق اسلامی***، ۱۳۹۲، شمارهٔ ۳۷.

نشریه علمی مطالعات حقوقی معاصر، سال دهم، شماره نوزدهم، پاییز و زمستان ۹۸، صفحات۲۰۳-۲۲۶

تاریخ دریافت: ۹۸/۰۳/۰۸ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۸/۱۲/۰۵

بازخوانی جریان احکام فضولی در اعمال حقوقی إذنی در فقه و حقوق ایران

حامد خوبیاری[۱]
سید محمدصادق طباطبایی[۲]

چکیده

وجود مواد مربوط به عقد فضولی در باب قواعد عمومی قراردادها برخی را بر آن داشته که احکام معاملات فضولی قابل تعمیم به تمامی انواع عقود است. اطلاق گزارهٔ پیش‌گفته در مورد عقود إذنی از سوی فقهای متأخر مورد تردید قرار گرفته است. برخی قدرت إذن برای خلق عقد را زیر سؤال برده، تمامی عقود إذنی را نوعی ایقاع و عده‌ای إذن را به جهت رفع حکم تکلیفی حرمت و عدم ایجاد حکم وضعی، واقعهٔ حقوقی دانسته‌اند. این دیدگاه‌ها جریان احکام فضولی در اعمال حقوقی إذنی را با اشکال مواجه کرده است. نگارندگان با تنقیح مفهوم، انواع و آثار اعمال حقوقی إذنی معتقدند إذن در روند تشکیل اراده قسمی از رضا است و چنانچه به قصد انشا ختم شود، مصداق عمل حقوقی خواهد بود. از سوی دیگر، تعمیم جریان احکام فضولی به تمامی اقسام اعمال حقوقی موجب تعارض این باب از قواعد عمومی قراردادها با نظم عمومی خواهد بود. نویسندگان این مقاله برخلاف نظر رایج بین حقوق‌دانان بر این باورند که جریان فضولی در اعمال حقوقی إذنی تنها در صورتی امکان‌پذیر است که اثر عمل فضولی قابل استناد به آذن باشد. برای این منظور موضوع إذن باید مال متعلق به آذن بوده یا آنکه قابلیت استناد به آذن، متعلق قصد طرفین قرار گرفته باشد.

واژگان کلیدی: إذن محض، ایقاع إذنی فضولی، تنفیذ، عقد إذنی فضولی.

---

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان، اصفهان- ایران h.koubyari@gmail.com
۲. دانشیار دانشگاه اصفهان، اصفهان- ایران (نویسنده مسئول) tabatabaei@ase.ui.ac.ir

مقدمه

پرداختن به مباحث پیرامون ماهیت إذن، آثار و اقسام آن، پیچیدگی‌های بخصوصی دارد که متأسفانه از جانب حقوق‌دانان مغفول مانده است. برای مثال حقوق‌دانان مراتب تشکیل اراده را چهار مرحلهٔ تصور، تصدیق، رضا و قصد انشا می‌دانند (شهیدی، ۱۳۹۳، ۱۲۹)، اما جایگاه إذن را در این میان مشخص نکرده‌اند. از سوی دیگر برخی از نویسندگان عقود را با توجه به اثر آن‌ها به تملیکی، عهدی و إذنی تقسیم کرده‌اند (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۲، ج۱، ۱۵۹ و ۱۶۴)؛ حال‌آنکه این تقسیم فاقد مبنای یگانه است. اثر دو عقد نخست تملیک یا تعهد است، اما در قسم سوم إذن در عناصر ایجاد عقد است و نه اثر آن. به‌علاوه حقوق‌دانان و فقها بر سر اثر إذن و قدرت آن در انشای امر اعتباری متفق نیستند؛ برخی (نجفی، ۱۹۸۱م، ج۲۷، ۳۵۱) آن را موجب حکم وضعی و برخی (غروی اصفهانی به نقل از فصیحی‌زاده، ۱۳۸۰، ۲۷) آن را موجب حکم تکلیفی دانسته و درنتیجه از دایرهٔ اعمال حقوقی بیرون گذارده‌اند. این اضطراب نظر و پراکندگی در مبنا و آثار معاملهٔ فضولی نیز وجود دارد. بنابراین نمی‌توان بدون بررسی دقیق پدیدهٔ إذن و عقد فضولی، قائل به تسری احکام فضولی در تمامی اقسام إذن شد.

به‌کار بردن اصطلاح عقود إذنی، هرچند در بین فقهای متأخر (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج۲، ۹۷، خویی، ۱۴۰۹ق، ج۱، ۲۱۵، حائری، ۱۴۲۳ق، ج۱، ۲۰۳ و خمینی، ۱۳۷۶، ج۲، ۲۶۷) امری متعارف محسوب می‌شود، اما در آثار حقوق‌دانان کمتر به‌عنوان قسیم عقود عهدی و تملیکی معرفی شده است. چشمگیرترین اثر حقوقی در باب إذن و عقود إذنی، جلد دوم «فلسفهٔ حقوق مدنی» نوشتهٔ جعفری لنگرودی است. کتاب «إذن و آثار حقوقی آن» تألیف علیرضا فصیحی‌زاده که از نظر زمانی مقدم بر منبع پیشین بوده، از دیگر آثار مربوط به پیشینهٔ این تحقیق است. در کتب یادشده جریان فضولی در عقود إذنی مورد بررسی و اشاره قرار نگرفته و تنها حسین ناصری مقدم و همکاران ایشان در مقالهٔ «جریان احکام و آثار فضولی در عقود إذنی»، با تکیه بر کتاب «المکاسب و البیع» علامه نائینی به‌طور مستقیم این موضوع را مطرح کرده‌اند. با وجود این در هیچ‌یک از کتب یادشده، پاسخ پرسش‌های ابتدایی روشن نشده و در مقالهٔ پیش‌گفته، بیشتر به نقد آرای علامه نائینی در باب عقود إذنی فضولی از سوی نویسندگان پرداخته شده است.

مشهور فقها و اغلب حقوق‌دانان برای توجیه حکم عدم نفوذ معاملات فضولی، مبنای «فقدان رضا» را انتخاب کرده‌اند تا به این ترتیب احکام فضولی را مانند احکام معاملهٔ اکراهی در تمامی عقود مجری بدانند (به نقل از محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹، ج۲، ۳۲۹؛ شهیدی، ۱۳۹۱، ۴۳). این تعمیم ناروا سبب شده است تا برخی حقوق‌دانان معاملهٔ مال غیر را مغایر نظم عمومی دانسته، جرم‌انگاری آن را از پیشرفت‌های قانون‌گذار ایران بپندارند (ورویی، ۱۳۸۳، ۳۱۳). چنانچه احکام فضولی را در تمامی معاملات جاری بدانیم، این امکان را به فضولی می‌دهیم تا با اثبات قصد خود، از بار تعهدات قراردادی رها شده، اصیل را ناخواسته در برابر کسی قرار دهد که حتی ممکن است او را نشناسد. هدف از تحریر این مقاله کاهش اصطکاک موجود بین نظم عمومی و احکام فضولی در چنین مواردی است؛ به این‌ترتیب که با تحلیل مبانی و آثار عقد فضولی، با تسری آن به تمام اعمال حقوقی مخالفت خواهد شد. در این راستا ابتدا به طرح مباحث پیرامون إذن ازجمله ماهیت، آثار و اقسام آن و سپس به تحلیل مبانی و آثار عقود فضولی خواهیم پرداخت. درنهایت امکان جریان احکام فضولی در اعمال حقوقی اذنی را بررسی خواهیم کرد.

۱. تعریف و ماهیت إذن

فقهای امامیه إذن را از جنبه‌های گوناگون مورد بررسی قرار داده و تقسیم‌بندی‌های متفاوتی را بر مبنای آذن، مورد یا اثر إذن ارائه داده‌اند. آذن در نظر ایشان ممکن است شارع، مالک، ذی‌حق، ولی، متولی وقف، امام، قاضی یا فقیه باشد. آنچه در این نوشتار مد نظر قرار دارد، إذن مالک و ذی‌حق بوده و بررسی سایر تقسیمات از حوصلهٔ بحث خارج است.

۱,۱. تعریف

ریشه معنای اصطلاحی إذن اعلام است که بر اثر کثرت استعمال در معانی اعلام رضایت و رخصت نیز به کار رفته است (فصیحی‌زاده، همان، ۲۳). برخی از فقها (حسینی، ۱۴۱۷ق، ج۲، ۵۰۶) إذن را در باب مسقطات ضمان مطرح نموده و آن را رخصت ذی‌حق در تصرف و اثبات ید دانسته‌اند. تعریف لغت‌دانان از إذن با تعریف فقها منطبق است (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج۳۴، ۱۶۳)؛ با این تفاوت که علاوه بر رخصت، رفع مانع و فک حجر را در تعریف

اذن وارد کرده‌اند. تعاریف لغوی و فقهی یادشده بر مبنای اثر إذن قرار دارند. حقوق‌دانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج۱، ۹۴) نیز إذن را تعریف به اثر نموده و آن را «ازالهٔ منع قانونی به سود یک یا چند شخص، از جانب شخص ذی‌حق» معنا کرده‌اند. به‌نظر می‌رسد إذن در تمامی انواع خود به معنای رفع مانع و اعطای اختیار است.

۲,۱. ماهیت

یکی از مهم‌ترین پیچیدگی‌های إذن، کاربردهای مختلف آن در قانون مدنی ازجمله مواد ۱۰۸، ۳۳۷، ۵۷۸ یا ۶۴۱ است. نکتهٔ قابل‌توجه آن است که إذن همواره افادهٔ اختیار برای مأذون کرده، ازاین‌رو تفاوتی بین إذن ابتدایی یا إذن حین عقد وجود ندارد. همین اثر مشترک سبب شده است تا حقوق‌دانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ج۲، ۱۳۷) إذن را در تمامی اشکال خود دارای ماهیت واحد بدانند. إذن ممکن است مقدم بر قصد انشا، حین عقد یا در مرحلهٔ اجرا محقق گردد. إذن مقدم و مؤخر بر عقد را إذن ابتدایی و إذن داخل در مدلول عقد را إذن عقدی نامیده‌اند (الموسوعهٔ الفقهیه، ۱۳۸۱، ج۸، ۲۷۸). برای إذن مقدم بر عقد می‌توان عقود عینی‌ای را مثال زد که قبض در آن‌ها شرط لزوم است و نه صحت (جعفری لنگرودی، همان، ۱۹۲). إذن در مادهٔ ۱۰۸ قانون مدنی نیز نوعی إذن ابتدایی تلقی می‌شود. إذن مؤخر بر عقد مانند إذن موجر به مستأجر، جهت قبض موضوع اجاره بوده و همین‌طور است در مزارعه و مساقات که إذن به تسلیم زمین از عناصر عقد نبوده، در مقام اجرای عقد صادر می‌شود. از آنچه گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که إذن در اغلب موارد، وجودی مستقل از عقد دارد. بنابراین ممکن است عقدی به دلایلی (جز آنچه مربوط به اهلیت و ارکان تراضی است) باطل باشد، اما إذن ضمن آن به حیات خود ادامه دهد. مادهٔ ۶۸۱ قانون مدنی که قول به استمرار وجود إذن پس از استعفای وکیل را پذیرفته، مؤید همین استقلال است (الشریف، سعیدی، ۱۳۹۷، ۴۲). با وجود این، حکم یادشده در عقد ودیعه و پس از فسخ هریک از طرفین مورد قبول حقوق‌دانان (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج۴، ۴۵) واقع نشده است. در مقبوض به بیع فاسد نیز إذن در قبضْ وجود مستقل نداشته، در صورت بطلان عقد، کان‌لم‌یکن خواهد بود (مادهٔ ۳۶۶ قانون مدنی).

ماهیت استقلالی إذن و عدم وجود اناطه و توالی ایجاب و قبول در اغلب عقود إذنی، گروهی (حائری، ۱۴۲۳ق، ج۲، ۹۴؛ کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۶۵) را به این باور رساند که إذن در همهٔ انواع خود ایقاع بوده، عقود إذنی مصداقی در عالم اعتبار ندارند. برخی دیگر از فقها (نجفی، همان، ۴۰۹)، پیش‌تر رفته و إذن را از دایرهٔ اعمال حقوقی خارج و آن را غیر عقد و ایقاع دانسته‌اند. برخلاف نظر اخیر، حقوق‌دانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ۸۷) برای إذن قائل به قدرت انشای امر اعتباری شده، عمل حقوقی بودن آن را امری مسلم می‌دانند. به این ترتیب، راجع به ماهیت و آثار إذن نظر واحدی وجود ندارد. با بررسی دقیق‌تر انواع إذن و آثار آن خواهیم دید که نظریات یادشده هریک به نحوی آینه‌دار حقیقت إذن هستند.

۲. انواع و آثار إذن

إذن در برخی موارد فاقد حکم وضعی بوده، تنها حکم تکلیفی حرمت یا کراهت را از میان برمی‌دارد. این نوع إذن را إذن محض یا مجرد می‌نامیم. از سوی دیگر إذن ممکن است نوعی ایقاع و یا یکی از عناصر سازندهٔ عقد قلمداد شود. در ادامه به بررسی انواع إذن و آثار آن خواهیم پرداخت.

۱,۲. إذن محض (واقعهٔ حقوقی إذنی)

این قسم از إذن به‌طور مستقل از سوی آذن صادر می‌شود؛ بنابراین رد مأذون اثری در وجود آن نخواهد داشت. فقها برای این قسم إذن در خوردن طعام یا سکنی را مثال زده‌اند (محقق کرکی، بی‌تا، ج۲، ۸). از مثال‌های موجود روشن می‌شود که موضوع إذن محض تصرفات تکوینی است. فقیهان برای آثار إذن محض، جواز تصرف در اثر رفع حرمت یا کراهت (اردبیلی، ۱۳۷۹، ج۷، ۴۹۷) و سقوط کفاره (موسوعه الفقهیه، ۱۳۸۱، ج۸، ۳۰۶) را برشمرده‌اند. نکتهٔ قابل توجه آن است که این نوع إذن را ازآن‌رو محض دانسته‌اند که با قصد انشا عجین نشده و فاقد اثر اعتباری و حکم وضعی است. با وجود این، شکی نیست که إذن محض از افعال ارادی بوده، به همین دلیل، إذن آذنِ محجور پذیرفته نیست (نجفی، همان، ۳۸۷). برداشت یادشده از إذن این پرسش را در ذهن خواننده ایجاد می‌کند که رابطهٔ إذن با رضا و قصد انشا در مراحل تشکیل اراده چگونه است؟ برخی از فقهای معاصر (خمینی،

۱۴۱۰ق، ج۲، ۲۰۷)، بین مفاهیم إذن و رضا قائل به این‌همانی‌اند. این نظر را نمی‌توان پذیرفت، چراکه رضا در اغلب عقود عهدی و تملیکی فاقد عنصر إذن بوده و اگر مانند اجاره، مزارعه، مساقات یا مضاربه، إذنی وجود داشته باشد به مرحلهٔ اجرا مربوط است، نه مراحل تشکیل اراده. یکی از حقوق‌دانان (فصیحی‌زاده، همان، ۴۰) تفاوتی را مطرح کرده که این ایراد به آن نیز وارد است؛ به این ترتیب که رضا را یک کیف نفسانی و مربوط به ارادهٔ باطنی دانسته است که چنانچه ابراز گردد، إذن خوانده می‌شود. به‌نظر می‌رسد إذن مانند اجازه از اقسام رضا بوده و رضا مفهومی اعم از إذن باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ج۲، ۱۹). بنابراین رضا در اغلب عقود تملیکی دلالتی بر إذن ندارد؛ ولی اگر رضا دال بر إذن باشد و به قصد انشا نرسد، مفید اباحه خواهد بود (قمی، ۱۳۷۱، ج۳، ۵۱۳). تفاوت دیگر رضا و إذن که مربوط به بحث حاضر بوده، آن است که إذن نمی‌تواند مؤخر بر مأذون‌فیه باشد، اما رضا ممکن است به امری در آینده یا گذشته تعلق گیرد (محسنی، ۱۳۹۰، ۱۷۴).

بنابر مطالب پیش‌گفته، اثر إذن محض اباحه است. همچنین می‌دانیم اباحه حکم تکلیفی بوده و متعلق احکام تکلیفی اعم از ترخیصی و الزامی فعل مکلف است (صدر، ۱۴۰۶ق، ج۱، ۵۳). از جمع مقدمات یادشده چنین نتیجه می‌شود که موضوع إذن محض همواره باید فعلی مانند اتلاف یا انتفاع باشد. با توجه به ماهیت واحد إذن، این نتیجه قابل تسری به انواع دیگر إذن است؛ چراکه اثر تمامی آن‌ها اعطای اختیار به مأذون می‌باشد. به‌نظر می‌رسد إذن در مواد ۱۰۸ و قسمت نخست مادهٔ ۱۲۰ مؤید نتیجهٔ فوق بوده، موجب اباحه باشد. بااین‌حال برخی از حقوق‌دانان (کاتوزیان، همان، ۶۵) إذن محض را نوعی ایقاع إذنی دانسته‌اند. ایراد این قول، نظر به مقدمات و نتایج پیشین روشن است. ایقاع ازآن‌رو که عمل حقوقی محسوب می‌شود نیازمند قصد انشاست؛ حال‌آنکه به‌کار بردن واژهٔ «محض» از سوی قانون‌گذار نشان‌دهندهٔ انشایی نبودن این نوع از إذن است.

۲,۲. عمل حقوقی إذنی

عمل حقوقی عبارت از ماهیتی است که منحصراً به ارادهٔ انسان و به هدف تحقق آثار حقوقی آن در عالم اعتبار ایجاد می‌گردد (شهیدی، همان، ۳۳) و نتیجهٔ آن همواره امری اعتباری است (همان، ۴۵). بدون شک عمل حقوقی برای وجود، نیازمند قصد انشا بوده،

چنانچه در مرحلهٔ رضا توقف کند، تأثیری در عالم اعتبار نخواهد داشت (محسنی، همان، ۱۵۸). پیش از این دانستیم إذن محض ازآن‌رو که منجر به قصد انشا نمی‌شود، از خلق موجود اعتباری ناتوان است و اثر آن تنها در احکام تکلیفی ظاهر می‌شود. همچنین دیدیم که اثر مشترک إذن در تمامی انواع آن اختیار است. ایجاد اختیار آن‌گونه که برخی پنداشته‌اند (جعفری لنگرودی، همان، ۱۳۴)، نمی‌تواند به‌تنهایی اثر وضعی و اعتباری عمل حقوقی إذنی باشد. برای ایضاح بحث نخست باید آثار اعتباری عمل حقوقی اذنی را منقح کنیم.

۱,۲,۲. آثار عمل حقوقی إذنی

بررسی در آثار فقها و تحلیل ماهیت إذن، حاکی از آن است که إذن در مفهوم انشایی خود دارای آثار عام و مشترکی است که البته ممکن است در موارد خاص تأثیر بخصوصی نیز داشته باشد. آثار عام عمل حقوقی إذنی را در سه قسم تقسیم‌بندی کرده‌اند:

الف) صحت تصرفات. اگر تصرفی موقوف بر إذن دیگری باشد، إذن آذن (من له الحق) موجب صحت تصرفات مأذون (من علیه الحق) خواهد بود (حلی، ۱۴۱۳ق، ج۱، ۳۹۱). این اثر را در إذن ولی برای ازدواج، إذن زوج به زوجه در انتخاب مسکن یا شغل، إذن مرتهن به راهن جهت فروش عین مرهونه و یا إذن متولی در تصرف (مادهٔ ۸۵ قانون مدنی) می‌توان دید. حقوق‌دانان و فقها در وجود این اثر برای عمل حقوقی إذنی تردید ندارند.

ب) نیابت در تصرفات. این اثر در نوشته‌های برخی فقها (نائینی، ۱۴۱۳ق، ج۲، ۳۱۷) با عنوان ولایت در تصرف مطرح شده است؛ هرچند عده‌ای (حسینی، همان، ۴۱۱) بین مفهوم نیابت و ولایت ناشی از إذن قائل به تفاوت شده‌اند که بررسی آن خارج از حوصلهٔ بحث حاضر است. به‌هرحال اغلب فقها (عاملی، ۱۴۱۲ق، ج۲، ۳۸۴ و ج۱، ۱۵) در تعریف اعمال حقوقی إذنی اصطلاح استنابه را مطرح نموده و إذن توأم با قصد انشا را مفید نیابت دانسته‌اند. برخلاف اثر پیشین این اثر مورد قبول برخی از حقوق‌دانان (جعفری لنگرودی، همان، ۳۴) قرار نگرفته است. ایشان برای ردّ اثر نیابت، عقود مضاربه و احباس را مثال زده‌اند (همان، ۳۵ و ۱۲۲). این اشکال وارد نیست، چراکه إذن در عقود مضاربه و حبس داخل در مدلول قصد انشا نبوده و به این دلیل است که افادهٔ اباحه و اختیار می‌کند، نه

نیابت. برخی دیگر از حقوق‌دانان عنصر نیابت در عقد ودیعه و عاریه را مورد انتقاد قرار داده و گفته‌اند: «نیابت، تنها در اعمال حقوقی (که جنبهٔ اعتباری دارند) قابل تصور است و در اعمال مادی راه ندارد» (شهبازی، ۱۳۹۳، ۷۰). مقدمهٔ استدلال یادشده مخدوش است، چراکه امکان نیابت در اعمال مادی‌ای که طبیعتاً قائم به شخص نیستند وجود دارد. مادهٔ ۶۶۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «وکالت در بیع وکالت در قبض ثمن نیست مگر این‌که قرینه‌ی قطعی دلالت بر آن کند». بدیهی است قبض ازجمله اعمال مادی قابل نیابت و وکالت بوده که مورد تأیید قانون‌گذار قرارگرفته است. با توجه به عدم توجه ایرادات پیش‌گفته به مفید نیابت بودن إذن، به‌نظر می‌رسد قصد انشا توأم با إذن را باید موجب نیابت بدانیم. تفاوت اثر نخستین و اخیر عمل حقوقی إذنی، در عقود فضولی مراعی و موقوف پدیدار می‌شود که مورد اول نیاز به تنفیذِ من له الحق داشته، مورد دوم نیاز به تنفیذ مالک دارد.

ج) ارتفاع ضمان. برخی از حقوق‌دانان إذن آذن را موجب ارتفاع ضمان و امانی شدن ید مأذون می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج۴، ۷). عده‌ای دیگر إذن مجانی مالک را عنصر سازندهٔ ید امانی معرفی کرده‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۸، ج۱، ۹۳). با وجود این و با توجه به موارد متعدد مطرح در فقه و حقوق باید گفت که وجود إذن با امانت و ارتفاع ضمان ملازمه ندارد. برای مثال در مقبوض به عقد فاسد (مادهٔ ۳۶۶ قانون مدنی) یا مقبوض بالسوم (نجفی، همان، ۷۳)، علی‌رغم وجود إذن، ید متصرف ضمانی است. همین‌طور در مواردی که شخصی به اضطرار مال دیگری را می‌خورد و یا تلف مال در ید صنعتگر[1] ید مأذون ضمانی تلقی می‌شود (موسوعه الفقهیه، ۱۳۸۱، ج۸، ۳۱۴). در مواردی که شرط ضمان بر مأذون شده باشد، تردید جدی وارد نبوده و محل مناقشه موردی است که إذن از جانب آذن به نحو اطلاق صادر شود. در این مورد عده‌ای اصل را با توجه به قاعدهٔ «علی الید» بر ضمان گذارده و عده‌ای إذن را دال بر امانت می‌دانند (حسینی، همان، ۵۱۵). همان‌طور که پیداست آنان که قائل به عدم ضمان مأذون در حالت اطلاق هستند، نظر به دلالت إذن به نحو فحوی یا شاهد حال دارند. بنابراین به‌نظر می‌رسد إذن ذاتاً اقتضای امانت ندارد که اگر داشت، شرط ضمان بر مستعیر، شرط خلاف مقتضای ذات عقد بود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ۹۹).

---

۱. مال المأکول فی المخمصهٔ و المال التالف فی ید الصانع.

علاوه بر موارد پیش‌گفته، آثار بخصوصی بر إذن در موارد خاص از قبیل إذن پزشک، قاضی یا حاکم بار می‌شود که بررسی آن‌ها، خلاف رعایت اختصار است. اعمال حقوقی إذنی، مانند سایر اعمال حقوقی، منقسم به عقد و ایقاع بوده و اعتبار طبیعت ثالثه برای برخی از آن‌ها فرضی است که با منطق حقوق سازگار نبوده و مخالف نظر اغلب حقوق‌دانان است (نعمت اللهی، ۱۳۹۴، ۳۰۳). در ادامه به بررسی آثار عقود و ایقاعات إذنی خواهیم پرداخت.

۲،۲،۲. عقود إذنی

از یک سو اثر مشترک انواع إذن، اعطای اختیار بوده و از سوی دیگر مادهٔ ۱۸۳ قانون مدنی مقرر داشته است: «عقد عبارت است از این‌که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد». تغایر موجود بین تعهد و اختیار، همچنین اطلاق واژهٔ عقد در آیهٔ شریفهٔ «اوفوا بالعقود» موجب شده است تا برخی (نائینی، همان، ۸۱)، عقود إذنی را به جهت لازم‌الوفا نبودن از دایرهٔ قراردادها خارج بدانند. روشن است که در هیچ‌یک از عقود إذنی، صرف قبول طرف ایجاب برای وی موجب تعهد نخواهد بود و تعهدات وی در اثر تصرفات اوست. ازهمین‌رو در عرف معاملات، قبول وکالت دیگری به معنای تعهد به انجام موضوع وکالت نیست. برای مثال شخصی که وکیل در فروش خودرو یا ماشین شخصی دیگر می‌شود، تنها اختیار معامله را به‌دست می‌آورد و تعهدی به فروش موضوع وکالت ندارد؛ چراکه اختیار وی مانع اعمال حق موکل نمی‌شود (فصیحی‌زاده، ۱۳۹۳). با وجود تردید یادشده، قانون مدنی در مواد ۶۰۷، ۶۳۵ و ۶۵۶، ودیعه، عاریه و وکالت را موجد اثر اعتباری و در زمرهٔ عقود دانسته است. با وجود این، پذیرش وجود عقود إذنی با دو اشکال عمده روبروست. می‌دانیم ایجاب و قبول، ارکان عقد بوده و از شرایط صحت ارتباط آن‌ها توالی و اناطه است (قنواتی، ۱۳۸۳، ۴۴۸ و ۴۵۷)، اما برخی از جلوه‌های عقود إذنی مانند وکالتْ فاقد این عناصرند. به عبارت دیگر قصد انشایی که در عقد به‌کار می‌رود قصدی است که خودبه‌خود نمی‌تواند یک موجود اعتباری را به وجود نهایی برساند، بلکه انشای ایجاب‌کننده اثر عقد را به وجود اقتضایی در ظرف اعتبار ایجاد می‌کند و اثر قبول این است که آن موجود اقتضایی را به مرحله وجود نهایی می‌رساند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ۶۰). بااین‌حال درنظر بگیرید زوجی پس از ازدواج و بدون اطلاع، زوجه را وکیل در طلاق

کرده، بعد از بیست سال مفقودالاثر می‌شود. زوجه پس از بیست سال از وکالت آگاهی می‌یابد. بدون شک در اینجا توالی عرفی و اناطهٔ ایجاب زوج به قبول زوجه وجود ندارد، اما وکالت صحیح تلقی می‌شود. این تعارضات موجب اضطراب مواد قانون مدنی در باب وکالت شده است (تعارض مواد ۶۵۷ و ۶۸۱).

برخی از فقها (نجفی ایروانی، ۱۳۸۴، ج۱، ۸۹) قبول در عقود را نیازمند قصد انشا ندانسته و به این ترتیب تفاوتی بین عاریه، بیع یا رهن قائل نشده‌اند. این تحلیل هرچند می‌تواند در حل ایرادات اناطه و توالی در عقود إذنی مؤثر باشد، اما مغایر با تعریف یادشده از عقد و همچنین مادهٔ ۱۹۱ قانون مدنی است. راه‌حل دیگر آن است که در تعیین استقلال و وابستگی قصد انشا، نه قصد طرفین که تصمیم نهایی قانون‌گذار را مد نظر قرار دهیم. بنابراین آنجا که قانون برای ایجاد عمل حقوقی قبول را ضروری می‌بیند، ماهیت عمل حقوقی عقد خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۷۵) و این ارتباطی به‌قصد اناطهٔ ایجاب به قبول از سوی موجب ندارد. درستی این تحلیلْ مستلزم پذیرش تقدم وجودی قانون بر اعمال حقوقی است، چراکه نتیجه آن عدم وجود عقد یا ایقاعْ پیش از تصمیم قانون‌گذار است که البته قابل پذیرش نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، ۸). دوسوگرایی قانون‌گذار در برخورد با عقد وکالت، مؤید این نظر است که اگر قصد انشای موجب مستقل نبوده و منوط به قبول طرف باشد، ماهیت عمل حقوقی، عقد (مادهٔ ۶۵۷) و درغیر این‌صورت ایقاع (مادهٔ ۶۸۱) خواهد بود. برای مثال در عقد ودیعه به دلیل وجود تراضی بین طرفین، ازبین رفتن عقد، نیابت و امانت مالکانه را نیز ازبین خواهد برد (نجفی، همان، ۹۷) و این برخلاف حکم مادهٔ ۶۸۱ در باب وکالت است. بنابراین اعمال حقوقی إذنی در صورت وجود تراضی، عقد بوده و درغیر این‌صورت ایقاع است. از نوشته‌های برخی حقوق‌دانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ۱۳۹) نیز تأیید این نتیجه برمی‌آید. شایان ذکر است اثبات عقد بودن عاریه یا وکالت در قانون مدنی مستلزم انتفای ادعای یادشده نخواهد بود.

۳،۲،۲. ایقاع إذنی

برخلاف ایقاع تملیکی و عهدی، نفوذ ایقاعی که از آن اباحه برخیزد و به اختیار دیگران بیفزاید، با هیچ مشکلی روبرو نیست (کاتوزیان، همان، ۶۵). بسیاری از حقوق‌دانان

(فصیحی‌زاده، همان، ۳۰) شأن ابتدایی إذن توأم با قصد انشا را ایقاع دانسته‌اند که در صورت وجود شرایط دیگر از قبیل اناطه و تراضی به عقد مبدل می‌شود. برای مثال وکالت اساساً نوعی ایقاع است، اما چنانچه به دلیلی از قبیل ذکر اجرت، نیاز به تراضی پیدا کند، عقد خواهد بود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ۶۷). به این ترتیب، برخلاف ماهیت إذن محض و عقود إذنی، در مورد وجود ایقاعات إذنی، تردید جدی میان فقها و حقوق‌دانان به‌چشم نمی‌خورد. پس از شناخت نسبی انواع و آثار إذن، باید به بررسی اجمالی عمل حقوقی فضولی و آثار آن پرداخت. در قسمت بعد به دلیل وجود مباحث مفصل و پرمغز در کتب فقهی و حقوقی، تنها به بررسی آنچه مربوط به بحث حاضر است اکتفا خواهیم کرد.

۳. عمل حقوقی فضولی

عقد فضولی عقدی است که غیرمالک بدون إذن از طرف «کسی که به إذن او نیاز است»[۱]انجام می‌دهد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۸، ج۲، ۴۹). مشهور فقها و اغلب حقوق‌دانان عقد فضولی را ازآن‌رو که دارای تمامی شرایط صحت عقد است صحیح می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج۲، ۱۰۲). از طرف دیگر به نظر ایشان، صحت بیع فضولی لزومی نبوده و تأهلی است. به همین دلیل علی‌رغم ایجاد اثر، تمامی آثار عقد نافذ بر آن بار نمی‌شود (موسوی بجنوردی، همان، ۴۹). جریان فضولی در ایقاعات و وقایع حقوقی با تردید جدی روبروست؛ به همین دلیل در فقه، مبانی و آثار فضولی با محوریت عقد مورد بررسی قرار گرفته است. ما نیز در ابتدا مبانی و آثار فضولی را ذیل عنوان عقد فضولی منقح کرده، سپس در بخش آخر به جریان فضولی در انواع إذن خواهیم پرداخت.

در تبیین حکم عدم نفوذ معاملات فضولی، فقهای متقدم و برخی از متأخرین، نظریهٔ فقدان رضا را در قالب‌های «رضای تقدیری» و «شرط متأخر»، مطرح ساخته‌اند (محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹، ج۲، ۳۲۹). رضای تقدیری ازآن‌رو که رضایت باطنی مالک را در حین عقدْ شرط می‌داند با نص مادهٔ ۲۴۷ قانون مدنی در تعارض است. پذیرش نظریهٔ «شرط متأخر» نیز مستلزم آن است که تنفیذ را رضای ساده تلقی کنیم و نه امر انشایی (صفار،

---

۱. من یحتاج الی اذنه.

۱۳۹۱، ۳۲)؛ حال آنکه می‌دانیم برای استناد آثار عقد به مالک، رضای ساده کفایت نمی‌کند. همان‌طور که در عقد وکالت و برای ایجاد نیابت، نیاز به قصد انشا است، برای مستند شدن آثار عقد به موکل، رضای ساده کافی نیست. مهم‌تر آنکه قائلان نظریهٔ شرط متأخر، فرض یادشده در مادهٔ ۲۵۴ قانون مدنی را صحیح و نافذ می‌دانند (خمینی، ۱۴۱۸ق، ۵۹۷). پس به‌نظر می‌رسد قانون مدنی با حکم به عدم نفوذ این فرض، هیچ‌یک از انواع نظریات «فقدان رضا» را نپذیرفته است. با وجود این، نظریهٔ «فقدان رضا» را می‌توان در مورد معاملهٔ مال متعلق حق غیر (عقود فضولی مراعی) پذیرفت؛ چراکه در آن عقود، تنفیذ جنبهٔ انشایی ندارد و عقد از زمان انعقاد مستند به مالک است. برخی از فقهای متأخر (موسوی خویی، ۱۳۷۷، ج۴، ۱۲) به این تفصیل اشاره کرده، آن را قابل قبول می‌دانند. به این ترتیب به‌نظر می‌رسد قانون‌گذار مدنی با کافی ندانستن رضایت مالک برای نفوذ معامله، قصد انشای فضول را برای تحقق عقد کافی پنداشته، دلیل عدم نفوذ را عدم استناد آن به مالک می‌داند. ما نیز در این نوشتار از نظریهٔ «استناد به مالک» به‌عنوان مبنای عدم نفوذ معاملات فضولی در حقوق ایران استفاده خواهیم کرد.

با توجه به آنچه گفته شد، عقد فضولی باید قابلیت تنفیذ و استناد به مالک را داشته باشد. با بررسی منابع فقهی و حقوقی می‌توان گفت: الف) در مواردی که فضولی عین متعلق به غیر را معامله می‌کند، استناد اثر عقد به غیر، منطقی است (خمینی، همان، ۴۲۶). اما ب) چنانچه در عقد فضولی، فضول نامی از غیر نبرد و صرفاً تعهد یا إذن ثالث را موضوع معامله قرار دهد، عقد قابلیت استناد به غیر را ندارد و اثر عقد در قالب تعهد به فعل ثالث، به فضول مستند خواهد بود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج۲، ۱۰۸). با وجود آنچه گفته شد، ج) اگر فضول قصد نمایندگی خود را افشا کند یا وکیلی خارج از حدود إذن اقدام به معامله نماید، قابلیت استناد اثر عقد به غیر، متعلق قصد اصیل و فضول قرارگرفته، ازاین‌رو حقی برای غیر در تنفیذ معامله ایجاد می‌شود. درغیر این‌صورت د) اگر وکیل واقعاً قصد معامله برای غیر را داشته باشد، ولی آن را پنهان کند، جز در مواردی که موضوعِ معامله عین متعلق به غیر است، قرارداد به دلیل عدم مطابقت ایجاب و قبول، باطل و غیرقابل استناد به مالک خواهد بود (قنواتی، همان، ۲۳۷). بنابراین به‌نظر می‌رسد در حقوق ایران معاملات فضولی تنها در مواردی که قصد نمایندگی خود را فاش سازد، یا آنکه به عین متعلق به دیگری معامله کند،

قابل تنفیذ است. به همین دلیل برخی فقها (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج۵، ۴۲۷) جواز تنفیذ را به‌صراحت از آثار مالکیت دانسته‌اند. در قانون مدنی نیز موادی که جهالت اصیل نسبت به فضولی بودن معامله را می‌پذیرد، به مواردی اختصاص دارند که موضوع معامله مال متعلق به غیر باشد؛ ازجمله در ایفای ناروا (مادهٔ ۳۰۴) و غصب (مادهٔ ۳۲۵) که شرط تصرف، ظهور در عین معین بودن مال مورد معامله دارد و همین‌طور مادهٔ ۲۶۳ قانون مدنی که ذیل معامله مال غیر مطرح شده است.

۴. جریان فضولی در اعمال حقوقی إذنی

پیش از این مقدمات، بحث حاضر را در قالب شناسایی إذن و عمل فضولی مطرح کردیم و مبنای منتخب برای پذیرش معاملات فضولی را نظریهٔ استناد به مالک دانستیم. قبل از ورود به بحث، یادآوری این نکته لازم است که امکان وجود عقد إذنی فضولی از نگاه آنان که مبنای معاملات فضولی را فقدان رضا می‌دانند غیرممکن است؛ چراکه دیدیم إذن برخلاف رضای ساده نمی‌تواند مؤخر بر عمل بوده، حتماً باید ضمن یا پیش از عمل واقع شود. بنابراین رضایت بدون دلالت بر إذن نمی‌تواند موجب تنفیذ عقود إذنی باشد. این نتیجهٔ منطقی در باب اعمال حقوقی إذنی اکراهی از سوی بسیاری از حقوق‌دانان (فصیحی‌زاده، همان، ۱۰۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج۱، ۱۹۷) پذیرفته شده است. ایشان معتقدند إذن ناشی از اکراه، باطل بوده و به همین دلیل، هرچند قصد انشا قابل تنفیذ است، اما مدلول آن (إذن) امکان تنفیذ ندارد. فقها (نجفی، همان، ۱۰۱) نیز در مورد عقد ودیعهٔ اکراهی، قبول مکره پس از اکراه را موجب انعقاد عقد جدید می‌دانند و نه تنفیذ عقد سابق، به همین دلیل بر استمرار قصد مودع تأکید کرده‌اند. با انتخاب نظریهٔ استناد به مالک به‌عنوان مبنای معاملات فضولی، تفاوتی در عقد فضول برای خود یا برای مالک وجود ندارد؛ چراکه مهم، وجود قصد انشای فضول و قابلیت استناد اثر آن به آذن است. تکرار این مسئله لازم است که تنها عقودی قابلیت استناد به مالک را دارند که یا موضوع آن‌ها، مال مربوط به آذن بوده است یا طرفینْ انعقاد عقد برای آذن را متعلق قصد خود قرار داده باشند.

۱,۴. جریان فضولی در إذن محض

دیدیم که إذن محض تنها موجب ارتفاع حکم تکلیفی حرمت و کراهت بوده، به دلیل عدم ارتباط با قصد انشا، واقعهٔ حقوقی شمرده می‌شود. گزارهٔ یادشده ما را با این پرسش روبرو می‌کند که آیا جریان فضولی در وقایع حقوقی جریان پیدا می‌کند یا خیر؟ واقعهٔ حقوقی را رویدادی می‌دانند که به‌وسیلهٔ انسان (به‌طور ارادی یا غیر ارادی) و یا عامل دیگر در عالم خارج تحقق یافته و دارای اثر حقوقی باشد (شهیدی، همان، ۳۳). وجه تمایز اعمال حقوقی و وقایع حقوقی، قصد انشا در اعمال حقوقی است و دیدیم که همهٔ مبانی معاملهٔ فضولی (فقدان رضا و استناد به مالک)، وجود قصد انشای فضول را امری مسلم انگاشته‌اند (محقق داماد و همکاران، همان، ۳۳۱). به این ترتیب در نگاه نخست می‌توان گفت احکام فضولی تنها مربوط به اعمال حقوقی است و نه وقایع حقوقی.

با وجود آنچه گفته شد، امکان جریان احکام فضولی در وقایع حقوقی نیابت‌پذیر، حکمی عقلایی است (ناصری مقدم، ۱۳۹۱، ۱۶۶). بدون شک برخی از اعمال مادی از قبیل قبض و تسلیم، ارادی و قابل نیابت هستند. قانون‌گذار مدنی نیز در مادهٔ ۶۶۵، قبض ثمن را امری نیابت‌پذیر دانسته است. برخی از فقها با اشاره به این تفصیل، قابل نیابت بودن برخی از اعمال مادی را پذیرفته‌اند، ولی تأکید کرده‌اند که اعمالی از قبیل ضرب و قبض، هرچند نیابت‌پذیرند، اما قابل اجازه و تنفیذ نیستند (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج۱، ۲۱۲). دلیل ایشان عدم وجود قصد انشا در وقایع حقوقی است. با وجود این در قانون مدنی موادی به‌چشم می‌خورد که این‌گونه اعمال مادی را قابل تنفیذ دانسته‌اند. مادهٔ ۲۶۰ قانون مدنی مقرر داشته است: «درصورتی‌که معامل فضولی، عوض مالی را که موضوع معامله بوده است گرفته و در نزد خود داشته باشد و مالک با اجازهٔ معامله، قبض عوض را نیز اجازه کند دیگر حق رجوع به‌طرف دیگر نخواهد داشت». در این ماده، قبض عوض از سوی قانون‌گذار قابل تنفیذ قلمداد شده است. شایان ذکر است حقوق‌دانان بر واقعهٔ حقوقی بودن قبض در غیر عقود عینی اتفاق نظر دارند (صفار، ۱۳۸۹، ۱۵). همچنین در مادهٔ ۶۲۱ می‌خوانیم: «اگر مال ودیعه قهراً از امین گرفته شود و مشارالیه قیمت یا چیز دیگری به‌جای آن أخذ کرده باشد باید آنچه را که در عوض گرفته است به امانت‌گذار بدهد ولی امانت‌گذار مجبور به قبول آن نبوده و

حق دارد مستقیماً به قاهر رجوع کند». با وجود أخذ قهری قاهر، موضوع این ماده اعم از اعمال و وقایع حقوقی است. برخی از حقوق‌دانان به‌صراحت این ماده را ذیل عنوان فضولی قرار داده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج۴، ۶۳). به این ترتیب به‌نظر می‌رسد ازآن‌رو که قبض به‌خودی‌خود آثار حقوقی و اعتباری (ضمانت) دارد، هرچند بدون قصد انشا، می‌تواند قابل تنفیذ از سوی مالک عوض باشد (خمینی، همان، ۴۲۷). این نظر با تعمیم متعلق نظریهٔ استناد به مالک به مواردی اعم از آثار عقد می‌تواند تأثیر مفیدی در تحلیل منظور قانون‌گذار داشته باشد. تأکید این نکته لازم است که پذیرش قابلیت تنفیذ در مورد اعمال مادی نیابت‌پذیر، مطابق با منطق بوده و حتی در حقوق کشورهای حوزهٔ کامن‌لا نیز پذیرفته شده است (Burdick, 2000, 145).

آنچه گفته شد تنها در مورد اعمال مادی است که به دلیل ارتباط آن‌ها با اموال، موجب احکام وضعی (از قبیل ضمانت) می‌باشند. درصورتی که فعل متصرف تنها موجب حکم تکلیفی باشد، جریان احکام فضولی با ایراد مواجه بوده، امکان‌پذیر نیست؛ چراکه جریان کشف در حکم تکلیفی عقلاً ممتنع است (موسوی خویی، ۱۴۱۷ق، ج۲، ۲۸). کلام یکی از فقهای معاصر (تقریرات درس هاشمی شاهرودی، ۱۵ دی ۱۳۹۳)[۱] در این زمینه، مؤید این مطلب است: «... ولی در زمان بعد از اجازه حکم می‌شود که از اول منتقل شده است و این دو حکم وضعی به ملکیت یک مال در یک‌زمان، ازآنجاکه خود حکم‌های وضعی در دو زمان هستند؛ اشکال ندارد و مصلحت در خود این دو اعتبار وضعی است و می‌خواهد آثاری را بر خود این حکم وضعی ـ که متعدد و در دو زمان است ـ بار کند و در متعلق آن‌که واحد است؛ نیست. ولیکن در احکام تکلیفی، این معقول نیست و نمی‌شود؛ متعلق واحد در زمان واحد هم مصلحت غالبه داشته باشد و هم مفسدهٔ غالبه (نمی‌تواند متعلق دو حکم اباحه و وجوب قرار گیرد)». به این ترتیب هرچند می‌توان مالکیت منافع مالی را امروز برای «الف» اعتبار کرد و بعداً شخص دیگری را مالک منافع همان روز شناخت، نمی‌توان عملی را «امروز» بر شخصی حرام و بعداً عمل آن روز را بر او مباح دانست. فقها (حسینی، همان، ۵۰۸) نیز امکان تنفیذ را در احکام وضعی مفید دانسته، در احکام تکلیفی بلا موضوع می‌دانند.

---

۱. آخرین مشاهده در تاریخ ۲۳ بهمن ۱۳۹۸:
https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/text/shahroudi/osool/93/931015

۲,۴. جریان فضولی در عقود إذنی

برخی از مخالفان جریان احکام فضولی در عقود إذنی، در وجود عقد اذنی ایراد کرده‌اند که با توجه به توضیحات یادشده راجع به عقود إذنی قابل پذیرش نیست. پذیرش فضولی در عقود إذنی با ایرادات دیگری نیز روبروست که عیناً قابل‌طرح برای پذیرش ایقاع إذنی فضولی می‌باشند. بنابراین دفع ایرادات زیر در تحلیل وضعیت ایقاع إذنی فضولی نیز راهگشا خواهد بود.

الف) اجازهٔ مجیز علت تامهٔ اثر است. یکی از فقهای متأخر برای فضولی قلمداد نمودن عقد، دو شرط را ذکر کرده‌اند: ۱. فعل علت تامهٔ اثر نباشد. بنابراین ایفای دین از جانب غیرمدیون و ضمانت از غیر هرچند دخالت در اموال سایرین است، اما فضولی قلمداد نمی‌شود. ۲. اجازهٔ مجیز علت تامهٔ اثر نباشد (نائینی، همان، ۲۱۲)؛ توضیح آنکه متعلق اجازه باید عمل ناقصی باشد که دارای صحت تأهلی است. چنانچه اجازه فی‌نفسه علت تام باشد و به امر دیگری ملحق نشود، نمی‌تواند به معنای تنفیذ به‌کار رود. فقها (خمینی، ۱۳۷۶، ج۲، ۱۸) برای موردی که اجازه علت تامهٔ اثر است، ایقاعات و عقود إذنی را مثال زده‌اند که البته نشان از ایقاع انگاشتن عقود إذنی در نزد ایشان دارد. در گذشته ثابت کردیم که مفهوم عقد إذنی مفهومی انتزاعی نبوده و در عالم اعتبار دارای مصداق است. فقهای معاصر نیز بین إذن و عقود إذنی قائل به تمییز شده، عقود إذنی را به دلیل عقد بودن، موضوع احکام فضولی قرار داده‌اند (خمینی، ۱۴۱۸ق، ۴۲۸). مخالفان امکان تنفیذ عقود إذنی بر این باورند که اجازهٔ شخص به‌خودی‌خود سازندهٔ وکالت، ودیعه یا عاریه است. این ایراد را در قسمت ایقاع إذنی فضولی مورد بررسی قرار می‌دهیم.

ب) امتناع کاشفیت در عقود إذنی. فقها معتقدند محل نزاع در فضولی، صورتی است که اجازهٔ قابلیت اتصاف به کشف و نقل را داشته باشد (خمینی، همان، ۴۷۷). برخی از ایشان (نائینی، ۱۴۱۳ق، ج۲، ۴۴۶) از این موضوع استفاده کرده و در مسئلهٔ وکالت گفته‌اند: «رضای حاصل از اجازه، کاشف از تحقق مضمون عقد از حین وقوعش است؛ ولی در عقود إذنی که منشأ در آن‌ها، نفس إذن و رضا است، چیزی به‌جز نقل معقول نیست». این ادعا صحیح نیست. چرا نتوان در عقود إذنی قول به کشف را پذیرفت؟ دیدیم که متعلق إذن

همواره فعل مأذون است. با وجود این در اغلب اعمال إذنی، موضوع عمل مأذون مال متعلق به آذن بوده و تصرف در مال غیر، موجد آثار وضعی از قبیل ضمانت است. علاوه بر آن در فرض حاضر، عقدی توأم با قصد انشا وجود دارد که قطعاً آثار آن ازجمله نیابت و صحت تصرف، قابل استناد به مالک است. همچنین دیدیم که إذن مطلق در اغلب موارد به کمک قرائن بر امانت دلالت دارد. حال اگر فضول، ضمن عقد إذنی فضولی تصریح به امانت نماید یا از اوضاع و احوال چنین برداشت شود، اثر وضعی ارتفاع ضمان را نیز به‌همراه خواهد داشت. چنانچه مبنای عدم نفوذ عمل فضول را فقدان رضا بدانیم، انتقادات وارده صحیح خواهد بود، اما جالب آنکه منتقدان جریان کشف در عقد إذنی فضولی، خود از بنیان‌گذاران نظریهٔ استناد به مالک و مخالفان نظریهٔ فقدان رضا هستند.

۳,۴. جریان فضولی در ایقاعات إذنی

پذیرش فضولی در ایقاعات با ایرادات بسیاری از سوی حقوق‌دانان و فقها مواجه بوده است. نگاه ابتدایی به مواد قانون مدنی و عدم جریان فضولی در ایقاعاتی از قبیل طلاق (برگرفته از مادهٔ ۱۱۳۵ و ۱۱۳۶) یا وصیت (مادهٔ ۸۴۳ در صورت ایقاع دانستن آن)، سبب جدی‌تر شدن تشکیک در وجود ایقاعات فضولی شده است. به‌علاوه چنانچه معتقد به نظریهٔ فقدان رضا به‌عنوان مبنای عقد فضولی باشیم باید ابرای فضولی را مانند ابرای اکراهی باطل قلمداد کنیم (محقق داماد، ۱۳۸۸، ج۲، ۲۵۷). جدی‌ترین دلیل فقها (انصاری، همان، ۳۴۶) برای بطلان ایقاعات فضولی اجماع است. استناد به اجماع از سوی برخی فقها مورد انتقاد قرار گرفته (فصیحی‌زاده، ۱۳۹۵، ۱۹۲) و تعمیم مواد قانون مدنی به همهٔ انواع ایقاع تعمیمی نارواست. بطلان طلاق فضولی را می‌توان در راستای حمایت از خانواده قلمداد کرد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۱۶۰) و بطلان وصیت فضولی نیز از اقتضائات ماهیت وصیت است؛ بنابراین نمی‌توان آن را به سایر ایقاعات تعمیم داد. توضیح آنکه مالک در اثر تنفیذ، عمل را به خود مستند می‌کند، درحالی که مادهٔ ۸۲۶ قانون مدنی وصیت را معلق بر فوت موصی می‌داند. در موضوع موردبحث موصی (تنفیذکنندهٔ عقد) زنده بوده، وصیت معلق بر فوت فضول خواهد بود.

برای ردّ ایقاعات إذنیِ فضولی، ایراداتی را مطرح کرده‌اند که گاه با ایرادات وارد بر عقود إذنیِ فضولی هم‌پوشانی دارد. بعضی از ایرادات نیز به‌طور کلی متوجهٔ ایقاع فضولی بوده و ناظر به بطلان آن است. در ادامه به تحلیل جداگانه این ایرادات خواهیم پرداخت و نتیجه می‌گیریم که فضولی در ایقاعات إذنی قابل اعمال است؛ مگر آنکه امری مانع این جریان باشد.

الف) اجازهٔ مجیز علت تامهٔ اثر است. همان‌طور که گفته شد برخی از فقها معتقدند تنفیذ در ایقاعات إذنی علت تامهٔ اثر است. ایشان با ایقاع پنداشتن عقود إذنی، جریان فضولی در این دسته از عقود را مورد تردید قرار داده بودند. در همین راستا برخی (حائری، همان، ۲۰۳) امکان تنفیذ در برخی ایقاعات را به معنای انشای ایقاع جدید می‌دانند و نه تنفیذ به معنای واقعی. چنانچه بپذیریم که تنفیذْ استناد اثر عمل حقوقی به آذن است، چه دلیلی بر تفکیک قصد انشا در عقود و ایقاعات وجود دارد؟ در پاسخ می‌توان گفت در لحظهٔ انعقاد عقد از خلال به‌کار بردن الفاظ دال بر انشای نوعی معاهده و قرار بین طرفین عقد فضولی شکل می‌گیرد، اما در ایقاع، انشای یک‌جانبه، مانع از تشکیل عهد و قرار می‌شود (امیرخانی و همکاران، ۱۳۹۴، ۱۶)؛ بنابراین پس از انشا چیزی برای الحاق اجازه به آن باقی نمی‌ماند. این ایراد قابل دفع است، چراکه دیدیم عمل حقوقی به‌قصد انشا محقق می‌شود و مشهور فقها (نجفی، همان، ۲۷۶) معتقدند در انشا مباشرت مالک شرط نیست. بنابراین اعمال حقوقی اعم از عقد و ایقاع، بدون نیاز به مباشرت مالک و با قصد انشای فضول، واجد امر اعتباری شده، این امر اعتباری علی‌القاعده قابلیت استناد به مالک را خواهد داشت (خمینی، ۱۳۷۶، ج۲، ۱۲۸).

ب) امتناع کاشفیت در ایقاعات. برخی از حقوق‌دانان (شهیدی، ۱۳۹۰، ۱۴۵) معتقدند که «رضا به‌عنوان یک شرط برای تحقق هر عمل حقوقی ضروری است و مقتضای عادی این وضعیت، بطلان ایقاع فضولی و عدم تأثیر رضای بعدی است». ایشان ابرا را مثال زده، امکان کاشفیت تنفیذ را امری غیرمنطقی می‌دانند. با وجود این به‌نظر می‌رسد هرجا موضوعِ متعلق إذن، مالِ مربوط به آذن باشد یا ارتباطی به اموال آذن پیدا کند، فرض جریان احکام فضولی ممکن است. در فرض ابرا چنانچه دین مشمول خسارت تأخیر تأدیه شده باشد و

دائن تمایل به ابرای اصل دین داشته باشد، تنفیذ ابرای فضولی و ابرای جدید تفاوت بسیاری باهم دارند. با توجه به آنچه در قسمت کاشفیت در عقود إذنی گفته شد، به‌نظر می‌رسد امکان کاشفیت تنفیذ در ایقاعات با اشکال جدی روبرو نباشد.

ج) تعلیق‌پذیر نبودن ایقاعات. برخی فقها (موسوی خوئی، ۱۳۷۷، ج۴، ۵) در استدلال به بطلان ایقاع فضولی، به عدم قابلیت ایقاع برای قبول تعلیق نسبت به اجازه اشاره داشته‌اند. این ایراد نیز به ایقاعات إذنی اختصاص نداشته و از سوی بسیاری از حقوق‌دانان (حسینی مقدم، ۱۳۸۷، ۱۷۳؛ کاتوزیان، همان، ۴۷) مورد تردید واقع شده است. جالب آنکه آن دسته از فقها که عقود إذنی را ایقاع می‌دانستند، جریان تعلیق در عقود إذنی را برخلاف عقود تملیکی به‌صورت کامل پذیرفته‌اند (حسینی مقدم، همان، ۲۳۱). حکم یادشده در مادهٔ ۱۱۳۵ قانون مدنی در مورد طلاق معلق را نیز نمی‌توان به سایر انواع ایقاعات تسری داد؛ چراکه در برابر طلاق، ایقاعاتی از قبیل وصیت و نذر وجود دارند که ذاتاً معلق تلقی می‌شوند.

نتیجه

با وجود تلاش‌های حقوق‌دانان و فقها، ماهیت إذن از حیث عمل حقوقی یا واقعهٔ حقوقی بودن هنوز روشن نیست. ما در این تحقیق، إذن را در تمامی انواع خود دارای ماهیت واحد دانستیم و سپس با بررسی جایگاه إذن در روند تشکیل اراده، آن را قسمی از انواع رضا قلمداد کرده‌ایم. به این‌ترتیب هرگاه إذن به‌قصد انشا ختم شود، مفید عمل حقوقی و چنانچه در مرحله رضایت متوقف گردد، تنها موجب حکم تکلیفی اباحه بوده، به‌نوعی واقعهٔ حقوقی تلقی می‌شود. از سوی دیگر مبنای معاملات فضولی را مورد بررسی قرار داده و نتیجه گرفتیم که برخلاف نظر مشهور، نظریهٔ فقدان رضا در قانون مدنی پذیرفته نشده و نظریهٔ استناد به مالک مورد قبول واقع شده است. به‌علاوه برای غیر نافذ تلقی کردن عمل فضول، عقد باید به‌واسطهٔ موضوع آن یا قصد طرفین، قابلیت استناد به مالک را داشته باشد و درغیر این‌صورت باطل خواهد بود. با توجه به این مقدمات، نتیجهٔ بحث روشن است؛ در إذن محض که نوعی واقعهٔ حقوقی قلمداد می‌شود، اصل بر عدم جریان فضولی است؛ هرچند قانون مدنی در مواد ۲۶۰ و ۶۲۱ جریان احکام فضولی در وقایع حقوقی را ممکن دانسته است. جریان فضولی در اعمال حقوقی نیز با ایراداتی روبرو بود. برخی در وجود عقود إذنی

تردید کرده بودند و عده‌ای إذن را با کشفْ مانعه‌الجمع می‌دیدند. تشکیک در وجود ایقاع فضولی، فارغ از إذنی، تملیکی یا عهدی به‌صورت جدی‌تری مطرح بود. عده‌ای نیز ایقاع را اساساً قابل تعلیق برای ملحق شدن به تنفیذ نمی‌دانستند. در این نوشتار ایرادات یادشده را طرح و به تفکیک برای پاسخگویی و تحلیل آن‌ها تلاش کردیم. درنهایت با توجه به ماهیت انشایی اعمال حقوقی و کفایت قصد انشای فضول، برای استناد اثر آن به مالک، فضولی را قاعدتاً در ایقاعات و عقود إذنی‌ای که با اموال آذن در ارتباط است قابل اجرا دانستیم.

منابع و مآخذ

الف) فارسی و عربی

۱. اردبیلی (مقدس اردبیلی)، احمدبن محمد (۱۳۷۹)، ***مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان***، جلد هفتم، چاپ سوم، قم: مؤسسة النشر الاسلامی.

۲. امیرخانی، شکیبا؛ باقری، احمد؛ امام، محمدرضا (۱۳۹۴)، «ایقاع فضولی»، ***مطالعات فقه و حقوق اسلامی***، دورهٔ هفتم، شمارهٔ ۱۳.

۳. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، ***کتاب المکاسب***، جلد پنجم، چاپ اول، قم: تراث الشیخ الأعظم.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، ***فلسفه اعلی در علم حقوق***، چاپ اول، تهران: گنج دانش.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، ***الفارق***، جلد اول، چاپ اول، تهران: گنج دانش.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۸)، ***دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت***، جلد اول، چاپ اول، تهران: گنج دانش.

۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۹)، ***حقوق تعهدات***، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.

۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰)، ***فلسفه حقوق مدنی***، جلد دوم، چاپ اول، تهران: گنج دانش.

۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۲)، ***تأثیر اراده در حقوق مدنی***، چاپ سوم، تهران: گنج دانش.

۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۳)، ***قوه قدسیه***، چاپ اول، تهران: گنج دانش.

۱۱. حائری، کاظم (۱۴۲۳ق)، ***فقه العقود***، جلد دوم، چاپ اول، قم: مجمع الفکر الاسلامی.

۱۲. حسینی مقدم، سید عسکری (۱۳۸۷)، ***تعلیق در قراردادها***، چاپ اول، قم: بوستان کتاب.

۱۳. حسینی، میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، ***العناوین الفقهیة***، جلد دوم، چاپ اول، قم: مؤسسة النشر الإسلامی.

۱۴. حلی (علامه حلی)، حسن‌بن یوسف، (۱۴۱۳ق)، ***قواعد الأحکام***، جلد اول، چاپ اول، قم: مؤسسة النشر الإسلامی.

۱۵. خمینی، روح‌الله (۱۴۱۰ق)، ***کتاب البیع***، جلد دوم، چاپ چهارم، قم: مؤسسة اسماعیلیان.

۱۶. خمینی، روح‌الله (۱۴۱۸ق)، ***کتاب البیع***، تقریر محمدحسن قدیری، چاپ اول، تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره).

۱۷. خمینی، مصطفی (۱۳۷۶)، ***البیع***، جلد دوم، چاپ اول، تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره).
۱۸. خمینی، مصطفی (۱۳۷۶)، **خیارات**، جلد دوم، چاپ اول، قم: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره).
۱۹. خویی، محمدتقی (۱۴۰۹ق)، ***الشروط و التزامات التبعة فی العقود***، جلد اول، چاپ اول، بیروت: دار المورخ العربی.
۲۰. زبیدی، مرتضی (۱۴۱۴ق)، ***تاج العروس***، جلد ۳۴، چاپ اول، بیروت: دارلفکر.
۲۱. شهبازی، محمدحسین (۱۳۹۳)، ***مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی***، چاپ اول، تهران: میزان.
۲۲. شهیدی، مهدی (۱۳۹۰)، ***سقوط تعهدات***، چاپ ششم، تهران: مجد.
۲۳. شهیدی، مهدی (۱۳۹۱)، **اصول قراردادها و تعهدات**، چاپ ششم، تهران: مجد.
۲۴. شهیدی، مهدی (۱۳۹۳)، ***تشکیل قراردادها و تعهدات***، چاپ دهم۰، تهران: مجد.
۲۵. صدر، محمدباقر (۱۴۰۶ق)، ***دروس فی علم الأصول***، جلد اول، چاپ سوم، بیروت: دارالکتاب اللبنانی.
۲۶. صفار، محمدجواد (۱۳۸۹)، ***قبض و اثر آن در عقود***، چاپ اول، تهران: جنگل.
۲۷. صفار، محمدجواد و فتاحی، محمد (۱۳۹۱)، ***تنفیذ معامله «ماهیت، شرایط، آثار»***، چاپ اول، تهران: جنگل.
۲۸. طباطبایی یزدی، محمدکاظم (۱۴۱۰ق)، ***حاشیهٔ مکاسب***، جلد دوم، چاپ اول، قم: نشر اسماعیلیان.
۲۹. عاملی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۲ق)، ***الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة***، جلد اول و دوم، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیه.
۳۰. فصیحی‌زاده، علیرضا (۱۳۸۰)، ***اذن و آثار حقوقی آن***، چاپ اول، قم: بوستان کتاب.
۳۱. فصیحی‌زاده، علیرضا و کیوانی، داریوش (۱۳۹۵)، «تحلیل فقهی حقوقی وضعیت ایقاع فضولی در روابط مالی و غیرمالی»، ***مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز***، دورهٔ هشتم، شمارهٔ ۴.
۳۲. فصیحی‌زاده، علیرضا (۱۳۹۳)، ***نقد نظریهٔ متعهد بودن وکیل به اجرای موضوع وکالت***، با قافله عدالت (یادنامهٔ دکتر ناصر کاتوزیان)، تبریز: ستوده.
۳۳. قمی، ابوالقاسم (۱۳۷۱)، ***جامع الشتات فی أجوبة السؤالات***، جلد سوم، چاپ اول، تهران: کیهان.
۳۴. قنواتی، جلیل (۱۳۸۳)، ***مطالعهٔ تطبیقی ایجاب و قبول***، چاپ اول، قم: بوستان کتاب.

۳۵. کاتوزیان، امیرناصر، (۱۳۸۵)، ***قواعد عمومی قراردادها***، جلد دوم، چاپ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۶. کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۸۹)، ***عقود معین***، جلد چهارم، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۷. کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۹۰)، ***ایقاع***، چاپ پنجم، تهران: میزان.
۳۸. الشریف، محمدمهدی و سعیدی، فاطمه (۱۳۹۷)، «إذن عقدساز و إذن امانت‌ساز (کنکاشی پیرامون کارکردهای مختلف إذن)»، ***پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب***، دورهٔ پنجم، شمارهٔ۲.
۳۹. محسنی، سعید (۱۳۹۰)، ***اشتباه در شخص طرف قرارداد***، چاپ اول، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
۴۰. محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۸)، ***قواعد فقه***، جلد اول و دوم، چاپ ۲۳، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۱. محقق داماد، مصطفی؛ عبدی‌پور فرد، ابراهیم؛ قنواتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، حسن (۱۳۸۹)، ***حقوق قراردادها در فقه امامیه***، جلد دوم، چاپ اول و جلد اول، چاپ پنجم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۴۲. محقق کرکی، علی‌بن حسین (بی‌تا)، ***جامع المقاصد فی شرح القواعد***، جلد ششم، قم: مؤسسهٔ آل بیت علیهم السلام لاحیا التراث.
۴۳. ***الموسوعهٔ الفقهیه*** (۱۳۸۱)، جلد هشتم، چاپ اول، قم: مؤسسهٔ دایره‌المعارف فقه اسلامی.
۴۴. موسوی بجنوردی، محمد (۱۳۸۸)، ***فقه مدنی***، جلد دوم، چاپ اول، تهران: مجد.
۴۵. موسوی خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۷ق)، ***مصباح الاصول***، به تقریر محمد واعظ حسینی، جلد دوم، چاپ پنجم، قم: مکتب داوری.
۴۶. موسوی خویی، ابولقاسم (۱۳۷۷)، ***مصباح الفقاهه***، به تحقیق محمدعلی توحیدی تبریزی، جلد چهارم، چاپ اول، قم: داوری.
۴۷. ناصری مقدم، حسین؛ قبولی درافشان، محمد تقی؛ محمودآبادی، صالحه (۱۳۹۱)، «جریان احکام و آثار معاملهٔ فضولی در عقود إذنی»، ***مطالعات فقه و حقوق اسلامی***، سال چهارم، شمارهٔ ۶.
۴۸. نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳ق)، ***منیه الطالب فی حاشیه المکاسب***، به تقریر موسی نجفی خوانساری، جلد اول، چاپ اول، قم: مکتب محمدیه.

۴۹. نائینی، محمدحسین (۱۴۱۳ق)، ***کتاب المکاسب و البیع***، جلد دوم، چاپ اول، قم: مؤسسهٔ النشر الإسلامی.

۵۰. نجفی ایروانی، میرزاعلی (۱۳۸۴)، ***حاشیه المکاسب***، جلد اول، چاپ اول، تهران: کیا.

۵۱. نجفی، محمدحسن (۱۹۸۱م)، ***جواهرالکلام***، جلد ۲۷، چاپ هفتم، بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

۵۲. نعمت‌اللهی، اسماعیل و مسعودیان‌زاده، رضا (۱۳۹۴)، «معیار بازشناسی عقد از ایقاع»، ***فقه و حقوق اسلامی***، سال ششم، شمارهٔ ۱۱.

ب) انگلیسی

53. Burdick, Francis M. (2000), ***The Law of Torts: A Concise Treatise on the Civil Liability at Common Law and Under Modern Statutes for Actionable Wrongs to Person and Property***,1st Ed, Washington, D.C. Beard Books.

ج) اینترنتی

54.https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/text/shahroudi/osool/93/931015

نشریه علمی مطالعات حقوقی معاصر، سال دهم، شماره نوزدهم، پاییز و زمستان ۹۸، صفحات۲۲۷-۲۵۵

تاریخ دریافت: ۹۷/۰۶/۳۰ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۹/۰۲/۳۱

کاوشی در سازگاری اعلامیهٔ اسلامی با اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر بر پایهٔ دکترین حاشیهٔ تفسیر

مصطفی فضائلی[۱]
سجاد رضازاده[۲]

چکیده

حقوق بشر از زمان تصویب اعلامیهٔ جهانی در سال ۱۹۴۸م، مسیر جهان‌شمولی را درپیش گرفت و در میان رویکردهای مبتنی بر تنوع فرهنگی، اعلامیهٔ وین در سال ۱۹۹۳م به‌صراحت مهر تأییدی بر جهان‌شمول بودن آن زد. صدور اعلامیهٔ حقوق بشر واکنش‌های متفاوتی را در میان متفکران اسلامی موجب شد. گروهی بر این باور بودند که مفاد این اعلامیه منطبق با متون و منابع اسلامی است، دسته‌ای دیگر در طیف مقابل از نگاه شریعت اسلامی در مقام انتقاد برآمدند، و گروهی در میانهٔ این طیف، جمع بین آموزه‌های اسلامی و مفاد اعلامیه را تحت شرایطی امکان‌پذیر دانستند. در میان گروه سوم، عده‌ای بر آن‌اند که با بازخوانی متون دینی می‌توان به سازگاری میان اسلام و حقوق بشر دست یافت به‌گونه‌ای که قرائت اسلامی از حقوق بشر به‌عنوان حاشیهٔ تفسیر قابل پذیرش باشد. در این نوشتار، پذیرش اعلامیهٔ حقوق بشر در اسلام به‌عنوان حاشیهٔ تفسیر اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر مورد بررسی قرار می‌گیرد. بررسی‌های به‌عمل آمده در این نوشتار حاکی از آن است که گزارهٔ پیش‌گفته نمی‌تواند درست باشد؛ از یک سو به‌رغم اشتراکات فراوان از نگاه بنیادی تباینات وجود دارد و از سوی دیگر، میان اعلامیهٔ اسلامی و اعلامیهٔ جهانی هیچ سلسله‌مراتبی حاکم نیست.

واژگان کلیدی: اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر، اعلامیهٔ حقوق بشر در اسلام، تنوع فرهنگی، جهان‌شمولی، حاشیهٔ تفسیر.

---

۱. دانشیار دانشگاه قم، قم- ایران (نویسندهٔ مسئول) fazaeli2007@gmail.com
۲. دانشجوی دکتری دانشگاه قم، قم- ایران s.rezazadeh@stu.qom.ac.ir

مقدمه

تصویب اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر (از این پس اعلامیهٔ جهانی) در سال ۱۹۴۸م با چهار واکنش مختلف از سوی کشورهای مسلمان مواجه شد. دیدگاه اول ناظر بر ایراد به جهان‌شمولی حقوق بشر بود. عربستان به نمایندگی از این دیدگاه ضمن به‌چالش کشیدن برخی مواد اعلامیه مانند مادهٔ ۱۸[1]اعلام می‌کرد اعلامیه صرفاً حاوی و بیانگر فرهنگ غربی بوده و سایر فرهنگ‌ها به‌خصوص آموزه‌های غنی دین مبین اسلام به فراموشی سپرده شده است؛ لذا جهان‌شمول نیست. دیدگاه دوم مربوط به کشورهایی چون مصر، عراق، سوریه و افغانستان است که به کلیت اعلامیه ایرادی ندارند، ولی برخی از مصادیق آن را مانند مواد ۱۶[2]و ۱۸ مغایر با دین مبین اسلام می‌دانند. دیدگاه سوم مربوط به پاکستان بود که نه‌تنها به اعلامیه ایرادی نداشتند، بلکه آن را کاملاً موافق با موازین اسلام می‌دیدند. دیدگاه چهارم مربوط به کشورهایی نظیر ایران و ترکیه بود که در بی‌تفاوتی کامل به‌سر می‌بردند و علت آن برخی ملاحظات سیاسی و نوع حکومت آن زمان این دو کشور اسلامی بود (جاوید و مکرمی، ۱۳۹۱، ۷۴).

رویکردهای پیش‌گفته فارغ از مرزهای جغرافیایی، دارای نمایندگانی در میان اندیشمندان اسلامی بود. برخی متفکران مثل مودودی در مقام مخالفت یا انتقاد از آن برآمدند (مودودی، ۱۳۸۹، ۷ و ۲۱)، تعدادی مانند مهدی بازرگان (بازرگان، ۱۳۸۰، ۹۷) آن را موافق با تعالیم اسلامی دیدند (بی‌نام، ۱۳۸۴، ۱۲۸ و ۱۷۹)، و بعضی اندیشمندان همچون علامه محمدتقی جعفری و آیت‌الله عمید زنجانی مواردی از اعلامیه را مغایر با اسلام دانسته، صدور اعلامیهٔ اسلامی را پیشنهاد دادند که درنهایت در سال ۱۹۹۰م به صورت اعلامیهٔ حقوق بشر در

---

۱. هرکس حق دارد از آزادی فکر، وجدان و مذهب بهره‌مند شود و این حق متضمن آزادی تغییر مذهب یا عقیده، همچنین آزادی اظهار عقیده و ایمان است و نیز شامل تعلیمات مذهبی و اجرای مراسم دینی می‌شود. هرکس می‌تواند از این حقوق به‌تنهایی یا گروهی به شکل خصوصی یا عمومی برخوردار باشد.

۲. هر زن و مرد بالغی حق دارند بدون هیچ‌گونه محدودیت از نظر نژاد، ملیت، تابعیت، یا مذهب با همدیگر زناشویی کنند و تشکیل خانواده دهند. در تمام مدت زناشویی و هنگام انحلال آن، زن و شوهر در تمام امور مربوط به ازدواج، دارای حقوق مساوی هستند.

اسلام[1](از این پس اعلامیهٔ اسلامی یا اعلامیهٔ قاهره) متبلور شد. تعدادی از نویسندگان مانند احمد نعیم نیز در صدد ایجاد تفاهم میان اسلام و حقوق بشر برآمدند (Naim, 1995, 20). البته اندیشمندان اسلامی انتقادات دیگری در مورد تساوی حقوق بشر مطرح کردند؛ به این معنی که تساوی مستلزم تساوی مطلق نیست، بلکه رفتارها به اقتضای شرایط و خصوصیات افراد انسانی، برای مثال در احراز سمت قاضی، متفاوت است. تفاوت در برخورد با اقلیت‌ها و رفتار متفاوت با جنس‌های متفاوت نیز مقتضی عقلانیت و وجدان عمومی صورت می‌گیرد.

تعدادی از علمای اهل سنت در سال ۱۹۸۱م در قالب سازمان غیردولتی شورای اسلامی اروپا به انتشار اعلامیهٔ اسلامی جهانی حقوق بشر[2] اقدام کردند (Islamic Council of Europe, 1981) و در پی آن، نمایندگان کشورهای عضو سازمان کنفرانس اسلامی (سازمان همکاری اسلامی کنونی)، با توجه به پشتوانه‌های عظیم و قوی حقوق بشر در دین مبین اسلام، پیشنهاد دادند اعلامیه‌ای با توجه به اصول اسلام تهیه شود و به تصویب کنفرانس اسلامی برسد. سرانجام اعلامیهٔ اسلامی حقوق بشر (اعلامیهٔ قاهره) در اجلاس وزرای خارجهٔ کشورهای عضو کنفرانس اسلامی در سال ۱۹۹۰م در ۲۵ ماده به‌تصویب رسید. اعلامیهٔ قاهره در واقع پاسخی دینی به اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر بود.

هم‌زمان با اینکه ایدهٔ حقوق بشر مبتنی بر منابع اسلامی در جهان اسلام در حال شکل گیری بود، در چارچوب کنوانسیون اروپایی حقوق بشر از دههٔ ۱۹۶۰م ایدهٔ نوینی تکوین یافت که تا حدودی به‌مثابهٔ احترام به تکثر فرهنگی و حقوقی کشورهای اروپایی بود. این ایدهٔ جدید «حاشیهٔ تفسیر» نام داشت که بر اساس آن دادگاه‌ها یا نهادهای فراملی یا شبه فراملی به تصمیمات ارکان تقنینی، اجرایی و قضایی یک کشورِ متعهد در خصوص رد یا تحدید بخشی از کنوانسیون تمکین می‌کرد. به عبارت دیگر، حاشیهٔ تفسیر «محدودهٔ صلاحدید یک کشور در میزان اجرای مفاد یک کنوانسیونِ لازم‌الاجرا است که از دید یک ارگان فراملی در مورد آن کنوانسیون مجاز شناخته می‌شود».

---

۱. Cairo Declaration on Human Rights in Islam

۲. Universal Islamic Declaration of Human Rights

پرسش اصلی این تحقیق آن است که آیا در مسیر آشتی میان اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر و اعلامیهٔ حقوق بشر اسلامی، می‌توان به دکترین حاشیهٔ تفسیر توسل جست؟ به‌منظور پاسخ، با بهره‌گیری از داده‌های کتابخانه‌ای و استفاده از روش توصیفی- تحلیلی، نخست به تبیین مفاهیم جهان‌شمولی، تنوع فرهنگی و نسبیت حقوق بشر پرداخته شده، سپس حاشیهٔ تفسیر به‌عنوان راه‌حل احترام به تنوع فرهنگی و اجرای جهان‌شمول حقوق بشر مورد بررسی قرار گرفته است، آنگاه قابلیت اعمال حاشیهٔ تفسیر در چالش میان اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر و اعلامیهٔ حقوق بشر اسلامی به بحث و بررسی گذاشته شده است.

۱. جهان‌شمولی حقوق بشر و تنوع فرهنگی

اعلامیهٔ جهانی در سال ۱۹۴۸م زمانی به‌تصویب رسید که بسیاری از کشورهای امروزی وجود نداشته یا مستعمره‌ای بیش نبودند و در تدوین آن مشارکت نداشته‌اند. بااین‌حال، اعلامیهٔ وین[1] در سال ۱۹۹۳م با چنین وضعیتی مواجه نبود و با حضور نمایندگان کشورهای مختلف جهان با رویکردهای متنوع و در کنفرانسی فراگیر که منعکس‌کنندهٔ نگاه‌های متنوع بود صادر شد و بر جهان‌شمولی حقوق بشر تأکید کرد و هم‌زمان به‌صراحت از احترام به فرهنگ‌های مختلف سخن راند. آیا جهان‌شمولی و تنوع فرهنگی قابل جمع هستند؟

۱,۱. جهان‌شمولی حقوق بشر

جهان‌شمولی از خصوصیات اصلی حقوق بشر برشمرده شده و بر این اساس، هر فردی به دلیل انسان بودن از حقوق بشری معینی برخوردار است. مادهٔ ۲ اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر بیان می‌دارد: «هرکس می‌تواند از کلیهٔ آزادی‌ها که در اعلامیهٔ حاضر به آن تصریح شده است، بی‌هیچ‌گونه برتری، من‌جمله از نظر نژاد، رنگ، جنسیت، زبان، دین، عقیدهٔ سیاسی یا عقیدهٔ دیگر، موقعیت ملی یا اجتماعی، توانگری، ولادت یا هر وضعیت دیگر بهره‌مند گردد». درواقع، جهان‌شمولی با خصوصیت جهان‌شمول هنجارها مرتبط است. این اعلامیه در مادهٔ ۱ که درحقیقت اصل نظری و پایه‌ای را مطرح می‌کند، به اساس تئوریک جهان‌شمولی اشاره دارد (سید فاطمی، ۱۳۸۲، ۱۴۹).

---

۱. World Conference on Human Rights. Vienna Declaration and Programme of Action. (1993).

انتخاب عنوان «اعلامیهٔ جهانی» و نه «اعلامیهٔ بین‌المللی» نشانگر داعیهٔ جهان‌شمول بودن آن است. جهان‌شمولی حقوقی یکی از دستاوردهای نهضت حقوق بشر است (Donnelly, 2013, 101). همان‌طور که اگر جامعه‌ای باشد، وجود اصول معین اخلاقی لازم است؛ مثل احترام به حیات بشری، عدالت، مسئولیت اجتماعی، رفتار شرافتمندانه و غیره (Milne, 1986, p.53). در جامعهٔ جهانی نیز حقوق بشر یک دغدغه و ارزش جهانی است و حمایت از آن تنها به‌عهدهٔ دولت نیست (Baehr, 2016, 12).

جهان‌شمول‌گرایان بر این عقیده‌اند که برخی اصول و استانداردها، تفاوت میان فرهنگ‌ها را درمی‌نوردد؛ تمام فرهنگ‌ها به حمایت از کرامت انسانی بها می‌دهند و حداقل استانداردهایی را برای حمایت از اعضای خود مقرر می‌کنند که برخی از آن‌ها جهانی است و رفتارهای فرهنگی بر آن اساس قضاوت می‌شود. فارغ از تعارضات فرهنگی و سیاسی مورد ادعای دولت‌ها، سازمان ملل هنجارهایی را منتشر کرده است که از سوی کشورها برای رسیدن به هدف مشترک مورد توافق قرار گرفته و اگر کشوری حقوقی را پذیرفته، داوطلبانه خود را متعهد به حمایت از این حقوق کرده است (Brennan, 1988, 372).

حقوق بشر به آن علت جهانی است که از سوی تقریباً تمام دولت‌ها به‌عنوان تعهدات لازم‌الاجرای بین‌المللی پذیرفته شده است و مفاد اسناد اصلی حقوق بشری یعنی میثاقین، کنوانسیون منع تبعیض نژادی، کنوانسیون محو کلیهٔ اَشکال تبعیض علیه زنان، کنوانسیون منع شکنجه و کنوانسیون حقوق کودک از سوی بیش از ۱۷۰ کشور مورد حمایت است. الگویی برای انحراف سیستماتیک از آن مجموعه وجود ندارد و به‌رغم تنوع فرهنگی، سیاسی و اقتصادی دنیای معاصر مورد اتفاق نظر واقع شده‌اند؛ همان‌گونه که اعلامیهٔ وین در سال ۱۹۹۳م می‌گوید: «ماهیت جهانی این حقوق و آزادی‌ها تردیدناپذیر است».

۲,۱. نسبیت فرهنگی

نظریه و یا گرایش رقیب جهان‌شمولی حقوق بشر بر نسبیت فرهنگی تأکید دارد و مدعی است هیچ فرهنگی بر فرهنگ دیگر نه برتری دارد و نه موجه‌تر است (سید فاطمی، ۱۳۸۲، ۱۵۴). رویکرد نسبیت‌گرا معتقد است که تنوع فرهنگی بسیاری زیادی در جهان وجود دارد و

در این راستا، هیچ ارزش جهان‌شمولی وجود ندارد. تنوع فرهنگی مستلزم تفسیر متفاوتی از حقوق بشری است. با پذیرش حق شرط کشورها بر کنوانسیون‌های حقوق بشری، پذیرفته شده است که ارزش جهانی حقوق بشر لزوماً مستلزم اجرای جهان‌شمول حقوق بشری نیست و گرچه حقوق بشر ویژگی جهانی دارد و بر پایهٔ کرامت انسانی بر تمام اشخاص قابل اعمال است، اجرای آن متحدالشکل نیست. دولت‌ها حاشیهٔ صلاحدید مشخصی برای اجرای حقوق بشری دارند و ملاحظات و شرایط خاصی را می‌توانند درنظر بگیرند (Donders, 2010, 16). برخی جوامع دزدی را جرم شدیدی می‌دانند، ولی در جوامعی که مالکیت خصوصی مفهومی ندارد دزدی صورت دیگری به خود می‌گیرد (Cruft, 2015, 556). تنوع فرهنگی یک واقعیت اجتماعی است.

ایدهٔ نسبیت فرهنگی ابتدا در اوایل قرن بیستم از سوی مردم‌شناسان امریکایی مطرح شد. آن‌ها ادعا می‌کردند ارزیابی فرهنگ‌های مختلف بر مبنای استاندارد واحد غیرممکن است و تمام فرهنگ‌ها باید بر اساس احترام متقابل مورد قضاوت قرار گیرند (Rehman, 2007, 138). جامعه‌شناسان و مردم‌شناسان با قبول نسبیت فرهنگی، مخالف هرگونه ادعای جهان‌شمولی در مورد «حقوق بشر» بوده، بر این باورند که هر گروه اجتماعی متفاوت با گروه‌های دیگر است (Shelton, 2013, 116) و جوامع متفاوت درک متفاوتی از درست و نادرست دارند و آنچه برای فرد یا جامعه‌ای درست و خوب است می‌تواند برای شخص یا جامعهٔ دیگری درست یا خوب نباشد؛ حتی اگر شرایط مشابه باشد. لذا استاندارد معتبر جهانی در مورد حقوق بشر وجود ندارد، ازاین‌رو، مفهوم حقوق بشر باید مطابق شرایط فرهنگیِ محلی مشخص شود (Hashimoto, 2004, 53). مذهب عامل مهمی در تنوع اخلاقی است و مذاهب مختلف سبک‌های متفاوت زندگی را ایجاد می‌کنند (Milne, 1986, 45).

حقوق بشر در این دیدگاه به لحاظ نظری و عملی با سلسله متغیرهایی همراه است که در شناسایی این مفهوم و میزان آن الزاماً اثر مستقیم دارد. برخی از این متغیرها عبارت‌اند از: نخست، اخلاق. صرف نظر از اصول ثابت اخلاقی بسیاری از مسائل اخلاقی تحت تأثیر متغیرهای اجتماعی به صورت ارزش جلوه می‌کند؛ درحالی که اخلاق از بایدهای اصلی حقوق بشر است. دوم، عرف و عادت. کرامت، امنیت و آزادی در محدودهٔ هر عرف و عادت

به صورت متفاوت تفسیر می‌شود که خود تحول‌پذیر است. سوم، نظم اجتماعی. قواعد ایجاد نظم که از عوامل مؤثر در تفسیر به‌شمار می‌رود، همه‌جا به یکسان درک و ایجاد نمی‌شود. چهارم، عدالت. حقوق بشر در عدالت ریشهٔ نظری دارد، اما عدالت به شیوه‌های مختلف تفسیر می‌شود. پنجم، منافع ملی و مصالح عموم. از متغیرهایی که در زندگی بشر به‌طور گسترده اثرگذار هستند، منافع ملی در خصوص مسائل بین‌المللی و مصالح عمومی در تعیین خط مشی سیاست‌های داخلی است. ششم، احترام به آرای عمومی. موضوعی که قابل چشم‌پوشی نیست، رابطهٔ میان حقوق بشر و دموکراسی است و با نادیده گرفتن آن بنیان دموکراتیک حقوق بشر فرو می‌ریزد. هفتم، حاکمیت دولت‌ها. انسجام قواعد حقوقی از ضروریات یک نظام حقوقی است و نمی‌توان با مجموعه‌ای ناهماهنگ و نامنسجم، نظام حقوقی مطلوب به‌وجود آورد (عمید زنجانی، ۱۳۸۸، ۴۲).

بر اساس نظریهٔ نسبیت فرهنگی، تنوع بی‌شمار فرهنگی وجود دارد و تمام رفتارهای فرهنگی به‌صورت برابر معتبر هستند و معیاری برای قضاوت وجود ندارد. این نظریه درمجموع مشروعیت حقوق بشر را که به‌دنبال ایجاد اصولی برای قضاوت در مورد رفتار همه فرهنگ‌هاست زیر سؤال می‌برد و بر آن است که برخی کشورهای قدرتمند با تأکید افراطی بر جهان‌شمولی، منافع ملی خود را ارزش جهانی فرض می‌کنند (Ishay, 2004, 366).

نسبی‌گرایان با جهان‌شمول‌گرایان اتفاق نظر دارند که تمام فرهنگ‌ها به کرامت انسانی ارج می‌نهد ولی تأکید می‌کنند که در برخی جوامع کرامت فرد از طریق عضویت در یک جامعه حفظ می‌شود و در برخی جوامع از طریق تکالیفِ معین‌شده؛ و اگر جوامع نظام داخلی مناسبی برای حمایت از اعضای خود داشته باشند ابزارهای حقوق بشری غیرضروری است. آن‌ها معتقدند برخی از عقاید، ارزش‌ها، هنجارها و رفتارها در همهٔ جهان معتبر نیستند، بلکه برای برخی فرهنگ‌ها معتبرند. از دیدگاه بعضی صاحب‌نظران، جهانی بودن و نسبی بودن، هر دو برای نظام بین‌المللی حقوق بشر لازم است. جهان‌شمولی حقوق بشر با وضعیت جهان معاصر، تاریخ، سیاست، فرهنگ و تصمیمات مرتبط است. درحالی که نسبیت در درون مرزها اعمال می‌شود، جهان‌شمولی قواعد غیرقابل تفکیک حقوق بشری را جرح و تعدیل می‌کند.

حقوق بشرِ جهانی بایستی بـا شـیوه‌های گونـاگون در زمان‌هـای مختلـف و در مکان‌هـای مختلف اجرا شود (Donnelly, 2013, 93).

۲. تنوع فرهنگی و حاشیهٔ تفسیر

از زمان تصویب میثاقین در سال ۱۹۶۶م مشخص شد که در اجرای حقـوق بشـر اتفـاق نظر وجود ندارد. بعضی متفکران و دولت‌های آسیایی در مقابل اعلامیهٔ جهانی اعلام موضـع کردند و در مقام دفاع از ارزش‌های آسیایی برآمدند و برخی نویسندگان نیـز آن را «شـورش علیه غرب» نامیدند (Bruun, 2003, 5). لذا پرسش مطرح‌شده این بود که چگونه می‌توان هم‌زمان با حفظ ارزش‌های فرهنگی هر جامعه به رعایت حقوق بشر نیز مقید بود؟

متون و رویه‌های بین‌المللی با درک آنچـه هنگـام تعـارض میـان ارزش‌هـای جهـانی و فرهنگ‌های جاری جامعه رخ می‌دهـد، فضـایی بـرای مـانور دولت‌هـا در خصـوص برخـی حق‌هـای بشـری فـراهم کردنـد. در ایـن راسـتا، اعلامیـهٔ ویـن (۱۹۹۳م) در مـادهٔ ۵ خـود درعین‌حال که بر جهان‌شمول، غیرقابل تجزیه، مرتبط و وابسـته بـه‌هم بـودن حقـوق بشـر تصریح دارد، اضافه کرده است: «اهمیت ویژگی‌های ملی و منطقه‌ای و زمینه‌های فرهنگـی، تاریخ و مذهبی بایستی مد نظر قرارگیرد». ولی این اشاره راه‌حل خاصی را برای مد نظر قرار دادن ویژگی‌های سیاسی و ملی کشورها و تفسیر مبتنی بر فرهنگ ارائه نمی‌کـرد. دکتـرین «حاشیهٔ تفسیر»[1]که در رویهٔ پیشین این دادگاه اروپایی حقوق بشر شکل گرفته بود، متضمن روش حل تعارض و میزان صلاحدید دولت‌ها در اجرای تعهدات حقوق بشری بود.

۱,۲. حاشیهٔ تفسیر

اصطلاح حاشیهٔ تفسیر را اولین بار کمیسیون اروپـایی حقـوق بشـر در سـال ۱۹۶۱م در گزارش پروندهٔ «لالس علیه ایرلند»[2]در خصوص وجـود شـرایط اضـطراری در ایرلنـد بـرای معلق کردن برخی مواد کنوانسیون مـورد اسـتفاده قـرار داد (Hutchinson, 1999, 639). این اصطلاح در کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی استفاده نشـده

۱.Margin of appreciation

۲.Lawless v. Ireland

و بیشتر ناشی از محدودیت‌های ناظر بر اجرای کنوانسیون بوده است (Arnold, 2012, 106).

رأی دادگاه اروپایی در پروندهٔ «هَندی‌ساید علیه انگلستان»[1](۱۹۹۶م) سنگ بنای توسعهٔ رویکرد دادگاه به حاشیهٔ تفسیر شناخته می‌شود (Hutchinson, 1999, 639). هندی‌ساید یک ناشر انگلیسی بود که بر اساس قانون انتشارات انگلستان (مصوب سال‌های ۱۹۵۶ و ۱۹۵۹م) به دلیل انتشار کتاب غیراخلاقی برای کودکان محکوم شد. هندی‌ساید بعد از اینکه به این علت جریمه شد، نزد دادگاه اروپایی به استناد موادی از کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و ازجمله مادهٔ ۱۰ در مورد آزادی بیان شکایت کرد. دادگاه اعلام کرد مادهٔ پیش‌گفته نقض نشده، زیرا مداخله در آزادی (هندی‌ساید) از سوی قانون تجویز شده و برای حمایت از اخلاقیات جامعهٔ دموکراتیک ضروری است. برای رسیدن به این نتیجه‌گیری، دادگاه برخی عناصر را مورد توجه قرار داد که به اثبات وجود «حاشیهٔ تفسیر برای دولت‌ها» منجر می‌شود. حکم دادگاه بیان می‌کند: «سازوکار حمایتی مقررشده در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نسبت به نظام ملی حمایت از حقوق بشر، فرعیت دارد. کنوانسیون در وهلهٔ نخست، وظیفهٔ تأمین حقوق و آزادی‌های را به‌عهدهٔ هرکدام از دولت‌ها می‌گذارد. نمی‌توان در حقوق داخلی امضاکنندگان کنوانسیون درک واحدی از اخلاقیات اروپایی پیدا کرد. مقامات دولت به دلیل تماس مستقیم و مداوم با قوا و ارگان‌های اصلی کشورشان، اصولاً در موقعیت بهتری از قاضی بین‌المللی برای نظر دادن در خصوص محتوای دقیق این الزامات و ضروری بودن محدودیت یا مجازات قرار دارند» (Hutchinson, 1999, 462).

حاشیهٔ تفسیر، دکترین قضایی است که دارای ساختار مشخصی است و دولت‌های عضو دادگاه اروپایی نیز از آن حمایت کرده‌اند (McGoldrick, 2016, 22). دادگاه اروپایی، بر اساس دکترین قضایی حاشیهٔ تفسیر، تفسیر گسترده‌ای را به نفع حاکمیت ازجمله امنیت ملی و سیاست‌های اجتماعی میسر می‌سازد و برای دستیابی به توازن میان حقوق و منافع عمومی و مسائل خانوادگی، مقامات محلی را بهتر از مقامات اتحادیهٔ اروپا می‌داند. زمانی که حق

---

۱. Handyside v UK

فردی در مقابل منفعت جامعه قرار می‌گیرد دادگاه نفع جامعه را سنگین‌تر ارزیابی می‌کند و دربارهٔ اینکه آیا درجهٔ محدودیت حق فردی متناسب با حق عمومی می‌باشد یا نه تصمیم می‌گیرد. پروندهٔ «هاتون علیه انگلستان» و پروندهٔ «وو علیه فرانسه» از نمونه‌های اخیر دکترین یادشده است. در این پرونده شاکیان در سال ۲۰۰۳م با استناد به مواد ۸ و ۱۳ کنوانسیون، به دلیل بروز اخلال در خواب در نتیجهٔ زندگی در نزدیکی فرودگاه شکایت کرده بودند. شعبهٔ عالی دادگاه تأکید کرد: «قلمرو حاشیهٔ تفسیر در تمام پرونده‌ها یکسان نیست و مطابق چارچوب آن تغییر می‌کند» و عنوان نمود که دولت توازن منصفانه‌ای میان منافع اقتصادی موجود و حقوق ساکنان منطقه برای خواب بدون اختلال درنظر گرفته است (Leach, 2014, 415).

در پروندهٔ «وو علیه فرانسه»[1]در سال ۲۰۰۴م، از شعبهٔ عالی دادگاه اروپایی سؤال شده بود آیا مادهٔ ۲ کنوانسیون در خصوص حق حیات، با نبود مقرراتی برای پیشگیری و مجازات سقط مسامحه‌کارانهٔ جنین نقض شده بود. در این پرونده، خانمی ویتنامی به اسم «وو» می‌بایستی پانسمان بیمار را برمی‌داشت و خانم ویتنامی دیگری به همین نام، می‌بایست کنترل‌های معمول بارداری را انجام می‌داد. پانسمان به نحوی برداشته شده بود که به سقط کودک وی منجر شد. شاکی استدلال می‌کرد که بر اساس مادهٔ ۲ کنوانسیون، شروع حیات از معنی و تعریف جهانی برخوردار است. دادگاه در این خصوص اعلام کرد: «تنوع دیدگاه‌ها، فرهنگ‌ها و استانداردهای ملی که در مورد نقطهٔ شروع حیات وجود دارد به دولت‌ها صلاحدید گسترده‌ای در این زمینه داده است». البته این مطلب به این معنی نیست که دادگاه جهان‌شمولی حق حیات را انکار کرده است، بلکه شکل‌گیری حق می‌تواند از لحاظِ قانونی متفاوت باشد و دادگاه تلاش کرد جهان‌شمولی و تنوع را باهم آشتی دهد. حاشیهٔ تفسیر می‌تواند به تفاوت استانداردهای حقوق بشر از مکانی به مکان دیگر و از زمانی به زمان دیگر منجر شود و روشی برای به‌رسمیت شناختن این است که حمایت بین‌المللی از حقوق بشر و حاکمیت آزاد دولت‌ها متناقض نیستند، بلکه مکمل‌اند (طرازکوهی، ۱۳۹۳، ۹۳).

۱.Vo v France

دکترین حاشیهٔ تفسیر اساساً بر دو مفهوم تکریم[۱] و فرعیت[۲] مبتنی است. دکترین تکریم، فن قضایی اروپایی است که با ایجاد چارچوب تعاملی، رابطهٔ بین دادگاه‌ها و دولت‌ها را ممکن می‌سازد. دکترین تکریم گرچه در دادگاه اروپایی به‌خوبی جا افتاده است، در دادگاه امریکایی حقوق بشر چندان گسترده نیست. بااین‌حال، رأی مشورتی ۱۹ ژانویه ۱۹۸۴ دربارهٔ «اصلاحات پیشنهادی در مورد مقررات تابعیت در قانون اساسی کاستاریکا» از نمونه‌های آن است که مربوط به «افزایش زمان زندگی متقاضیان و همسرانشان، شرط خواندن و نوشتن و مکالمه به زبان اسپانیایی و موفقیت در امتحان تاریخ کاستاریکا برای أخذ تابعیت کاستاریکا» بود، دادگاه اعلام کرد که اصلاحات یادشده کنوانسیون را نقض نمی‌کند و دولت‌ها دارای حاشیهٔ تفسیر هستند. در آنچه به اعطای تابعیت مربوط می‌شود این دولت اعطاکننده است که تصمیم می‌گیرد آیا متقاضیِ تابعیت شرایط لازم را برای پیوند مؤثر بین او و سیستم ارزشی و منافع جامعه‌ای که می‌خواهد به آن تعلق داشته باشد، دارد یا نه.

مفهوم فرعیت، بخشی از حقوق اتحادیهٔ اروپا است و منظور از آن حفظ توازن میان حاکمیت دولت‌ها و قدرت اتحادیه است؛ به این صورت که جوامع بزرگ برای کمک به جوامع کوچک ایجاد می‌شود و جوامع کوچک برای کمک به افراد. جامعهٔ بزرگ زمانی اقدام می‌کند که جوامع کوچک یا افراد نمی‌توانند برای یک خیر مشترک اقدام کنند. فرعیتْ قاطع نیست و در شرایط پیچیده و چالشی می‌تواند به نفع دادگاه ملی یا علیه آن استفاده شود. این عدم قطعیت در عدم اطمینان دکترین حاشیهٔ تفسیر خود را نشان می‌دهد و به این منجر می‌شود که نسبی‌گرایی فرهنگی برای یک فرد ممکن است حمایت از دموکراسی برای فرد دیگر تلقی شود. اعمال فرعیت سه نتیجهٔ اصلی دربر دارد: نخست، میزان صلاحدید محلی در تفسیر و اجرای حقوق، دوم، یکپارچگی تفسیر و اجرای داخلی و بین‌المللی و سوم، اینکه جامعهٔ بین‌المللی باید به جامعهٔ ملی در اجرای حقوق بشر، بدون غصب اختیارات آن، کمک کند (Freeman, 2014, 59).

---

۱. deference

۲. subsidiarity

دادگاه اروپایی حقوق بشر در سال ۱۹۶۸م در رسیدگی بـه قضـیهٔ زبان‌شناسـی بلژیـک[1] مفهوم تناسب[2]را به‌عنوان یکی از مؤلفـه‌های دیگـر حاشـیهٔ تفسـیر وارد حقـوق کنوانسـیون اروپایی کرد. تناسب در دادگاه امریکایی حقوق بشر و کمیتهٔ حقوق بشـر نیـز پذیرفتـه شـده است. در قضیهٔ «کانتوس علیه آرژانتین» در سال ۲۰۰۲م، دادگاه امریکایی اعلام کـرد: ایـن دادگاه معتقد است که حق دسترسی به دادگاه مطلق نیست و می‌تواند موضوع صلاحدید هر دولت قرار گیرد، ولی این واقعیت باید متناسب با هدف آن باشد و حق دسترسـی بـه دادگـاه نمی‌تواند به سبب الزام پرداخت هزینه‌هایی انکار شود (Legg, 2012, 178).

برخی بر این باورنـد کـه حاشـیهٔ تفسـیر مبتنـی بـر نسـبیت اخلاقـی بـوده و بـرخلاف جهان‌شمولیِ حقوق بشر است، بااین‌حال، ادبیات و رویهٔ حقوقی استدلال روشنی در خصوص ابتنای حاشیهٔ تفسیر بر نسبیت اخلاقی ندارد. دکترین دادگاه اروپایی تکثرگرایی را تـا زمـانی که تضمین‌های بنیادین به‌صورت مؤثر پذیرفته شوند بـالاتر از متحدالشـکل بـودن می‌دانـد (Spielmann, 2014, 17).

رویهٔ دادگاه اروپایی نشانگر این است که اِعمال این دکترین به عناصر مختلفی بسـتگی دارد که مهم‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از: الف) مزیت نسـبی مقامـات داخلـی. نهادهـای داخلـی موقعیت مناسب‌تری برای ارزیابی هنجارهای عینی دارند و باید حاشیهٔ صلاحدید وسـیع‌تری داشته باشند. ب) عدم قطعیت اسـتانداردهای قابل‌اعمـال. هرچـه میـزان اجمـاع در اِعمـال استاندارد بیشتر باشد، حاشیهٔ تفسیر دولت‌ها کمتر می‌شود. ج) ماهیت منـافع مـورد اخـتلاف. اهمیت منافع ملی باید با ماهیت حقوق فردی متوازن باشد (Shany, 2005, 927). مفهـوم ذاتی حاشیهٔ تفسـیر درحقیقـت بـه آسـتانهٔ حـداقلی لازم بـرای حفاظـت از منـافع دولت‌هـا می‌انجامد و به آن‌ها اجازه می‌دهد در رسیدن به آن آستانه (Letsas, 2006, 719) و اجرای تعهدات حقوق بشری خود به صورت متفاوت عمل کنند.

۲,۲. حاشیهٔ تفسیر در رویهٔ بین‌المللی

حاشیهٔ تفسیر اکنون به دکترین محوری در ساختار سازمانی و قضایی کنوانسیون اروپایی

۱.Belgian Linguistics Case

۲.proportionality

حقوق بشر تبدیل شده است. پروتکل ۱۵ کنوانسیون اروپایی که در سال ۲۰۱۴م به‌تصویب رسید متضمن اصل فرعیت بوده و دکترین حاشیهٔ تفسیر را به مقدمهٔ کنوانسیون افزوده است (McGoldrick, 2016, 22).

دادگاه امریکایی حقوق بشر در پروندهٔ «سالوادور چیریبوگا علیه اکوادور»[1] در مقام تصمیم‌گیری در مورد مطابقت مصادرهٔ اموال با کنوانسیون امریکایی به صورت ضمنی حاشیهٔ تفسیر دولت‌ها را مورد توجه قرار داد.

کمیتهٔ حقوق بشر و دادگاه اروپایی حقوق بشر در موارد اندکی در تفسیر مربوط به اعمال این دکترین باهم اختلاف داشته‌اند. در سال ۲۰۰۸م، در پروندهٔ «مان‌سینگ علیه فرانسه»[2] دادگاه پذیرفت که مقامات مسئول امنیت و نظم عمومی برای صدور گواهینامهٔ رانندگی و به‌خصوص به‌منظور کنترل اجرای مقررات ترافیکی به عکسی نیاز دارند که فاقد پوشش سر متقاضی باشد تا آن‌ها بتوانند دارندهٔ مجوز رانندگی را تشخیص دهند، و نتیجه گرفت که درخواست مقامات فرانسوی اساساً قابل توجیه بوده، با هدف مورد انتظار متناسب است؛ بااین‌حال، در سال ۲۰۱۱م کمیتهٔ حقوق بشر در قضیهٔ پیش‌گفته موضعی کاملاً متضاد اتخاذ کرد.

کمیتهٔ حقوق بشر نسبیت حقوقی و جهان‌شمولی را به‌صراحت مورد بحث قرار نداده است. کمیته در پروندهٔ «هرتزبرگ علیه فنلاند»[3] در سال ۱۹۸۵م به این مسئله پرداخت که آیا شرکت پخش فنلاند با سانسور کردن بخش‌هایی از برنامه‌هایی که دربارهٔ همجنس‌بازی بحث می‌کنند، میثاق حقوق مدنی و سیاسی را نقض کرده است. کمیته با بیان اینکه «اخلاقیات عمومی، تفاوت زیادی با هم دارند» گفت: «استاندارد اخلاقی جهان‌شمولی وجود ندارد. لذا حاشیهٔ معینی از صلاحدید بایستی به مقامات مسئول داخلی اعطا شود» و در نهایت مقررکرد در این خصوص مادهٔ ۱۹ در مورد آزادی بیان نقض نشده است. کمیته در

---

۱. Salvador Chiriboga

۲. Mann Singh v France

۳. Leo Hertzberg et al. v. Finland

پروندهٔ «لانسن علیه فنلاند»[1]در سال ۱۹۹۲م، استناد به حاشیهٔ تفسیر و ایدهٔ تکریم را رد کرد. در این پرونده، نمایندگان مردمان بومی که به صورت نیمه عشایری زندگی می‌کردند و سورتمه‌سواری محور زندگی فرهنگی آن‌ها را شکل می‌داد، ادعا کردند که دولت با انعقاد قرارداد استخراج معدن حق آن‌ها در بهره‌مندی از فرهنگشان را نقض می‌کند. کمیته عنوان داشت دولت ممکن است بخواهد توسعه یا فعالیت شرکت‌ها را ترویج دهد. قلمرو آزادی فرهنگی نمی‌تواند بر اساس حاشیهٔ تفسیر مورد ارزیابی قرار گیرد، بلکه باید بر اساس تعهدات مادهٔ ۲۷ میثاق حقوق مدنی و سیاسی تعیین شود که مقرر می‌دارد: «در کشورهایی که اقلیت‌های نژادی، مذهبی یا زبانی وجود دارند، افراد متعلق به این اقلیت‌ها را نباید از حق تشکیل اجتماع با سایر اعضای گروه خود، بهره‌مندی از فرهنگ و ابراز و انجام فرایض دینی و کاربرد زبان خودشان محروم نمود»؛ لذا دولت‌ها بعد از این قضیه، بدون استفاده از اصطلاح حاشیهٔ تفسیر، به مفهوم آن استناد کرده‌اند.

بایستی توجه داشت که حاشیهٔ تفسیر مستلزم این نیست که فرایند تصمیم‌گیری انحصاراً در اختیار کنش‌گران دولتی باشد، برعکس، ازآنجا که دادگاه‌های بین‌المللی به دلیل اینکه به‌نوعی جایگاه بهتری نسبت به کنش‌گران ملی برای شناسایی و تفسیر هنجارهای بین‌المللی دارند، نقش مهمی در تضمین مناسب بودن تصمیمات داخلی ایفا می‌کنند (Shany, 2005, 919).

۳. جهان‌شمولی حقوق بشر و اعلامیهٔ قاهره

جهان‌شمولی حقوق بشر، همان‌گونه که گفته شد، با مفاهیمی همچون «ارزش‌های آسیایی» به تقابل کشیده شد و برخی اندیشمندان نسبیت را بر جهان‌شمولی ترجیح دادند. اینان گروهی بودند که نسبت به خصوصیات فرهنگی خود در مقابل جذب شدن در فرهنگ غربی یا جهانی نگران بودند (Kingsbury & Avonius, 2008, 22). در این فضا، اندیشمندان مسلمان رویکردهای گوناگونی دربارهٔ ارتباط اسلام و حقوق بشر اتخاذ کرده‌اند (Bielefeldt, 2000, 3). اما جهان‌شمولی حقوق بشر در فضای کنونی در صورتی تنوع

---

۱. Länsman et al v Finland

فرهنگ‌ها و رویکردهای دیگر را معتبر می‌داند که بتوانند در قالب حاشیهٔ تفسیر در راستای مواد اصلی کنوانسیون‌های حقوق بشری قرار گیرند.

۱,۳. اعلامیهٔ حقوق بشر در اسلام

هنگام تصویب اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر در سال ۱۹۴۸م، از مجموع ۵۸ عضو سازمان ملل متحد تنها ۱۰ کشور اسلامی عضو این سازمان بودند. در آن دوران بخش اعظم کشورهای اسلامی تحت استعمار بود یا تحت تأثیر قدرت‌های غرب یا شرق قرار داشت. اعتراضات برخی کشورهای اسلامی به متن اعلامیه، تنها پس از ارائهٔ پیش‌نویس آن به کمیتهٔ سوم و سپس به مجمع عمومی آغاز گردید و طی سخنرانی‌ها و موضعگیری‌های خود جهان‌شمولی بودن و برخی مواد اعلامیه را که مغایر موازین اسلامی بود به‌چالش کشیدند. عمدهٔ مخالفت‌های نمایندگان کشورهای اسلامی در خصوص جهان‌شمولی و نیز مغایرت مواد ناظر بر آزادی بیان، آزادی تغییر دین و آزادی ازدواج در میان مذاهب مختلف بود. در این خصوص نمایندهٔ عربستان علاوه بر اعتراض شدید به مسئلهٔ آزادی ازدواج و آزادی تغییر دین، اساساً اعلامیه را نشئت گرفته از فرهنگ غرب دانست (جاوید، ۱۳۹۱، ۷۲).

مشارکت نه‌چندان مؤثر و ناموفق کشورهای اسلامی در فرایند تدوین و تصویب اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر که به صورت تقریباً یک‌جانبه و با غلبهٔ فرهنگ صرفاً غربی شکل گرفت، باعث شد که در امر تدوین و تصویب میثاقین، نمایندگان کشورهای اسلامی فعالیت بیشتری نسبت به زمان تدوین اعلامیه داشته باشند. عمدهٔ مواردی که از سوی کشورهای اسلامی به‌چالش کشیده شده، عبارت بود از آزادی مذهب مندرج در میثاق حقوق مدنی و سیاسی و برابری جنسیتی مندرج در هر دو میثاق. در خصوص آزادی مذهبی تلاش مسلمانان نتیجه داد و تا حدودی توانست مقررهٔ مربوط را تعدیل کند؛ لیکن بحث برابری جنسیتی در مادهٔ ۳ هر دو میثاق تصویب شد (جاوید، ۱۳۹۱، ۷۲). در پیگیری این رویکرد انتقادی بود که درنهایت اعلامیهٔ اسلامی حقوق بشر در سال ۱۹۹۱م به‌تصویب رسید.

برخی از افراد مؤثر در تدوین این اعلامیه معتقد بودند نظر به ماهیت حقوق جهانی بشر از دیدگاه اسلام، اعلامیهٔ حقوق بشر نمی‌تواند چکیده و مکمل تعالیم دینی و اخلاقی و

عقاید و نظریات همهٔ اعصار و فرهنگ‌ها و ادیان باشد و نه‌تنها همهٔ موارد شایستهٔ اعلامیه در منابع اولیه و معتبر اسلامی آمده است، افزون بر آن، حقوق و احکامی در منابع اسلامی و به‌خصوص در موقعیت جهانی وجود دارد که می‌تواند علاوه بر اینکه امتیازی خاص برای حقوق اسلامی محسوب شود، از تناقض‌ها و نواقص اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر عاری باشد (جعفری، ۱۳۹۰، ۴۴). مقدمهٔ اعلامیهٔ قاهره- با «... تأکید بر نقش تمدنی و تاریخی امت اسلامی که خداوند آن را بهترین امت برگزید تا این امت یک تمدن جهانی همگون را به بشریت تقدیم نماید، تمدنی که می‌تواند دنیا را به آخرت ربط داده، علم و ایمان را به‌هم بپیوندند. لذا از چنین امتی امروزه انتظار می‌رود که به هدایت بشریت گمراه در امواج و مسلک‌هایی که در حال رقابت متضاد هستند اقدام نموده، راه‌حل‌هایی برای مشکلات مزمن تمدن مادی ارائه دهد ...»- به صورت تلویحی در مقام تحدی اعلامیهٔ جهانی برآمده است، زیرا که حقوق بشر در اسلام بر تفکر توحیدی ابتنا یافته و در این تفکر، انسانْ مخلوق خداوند علیم و حکیم بوده و تابع ارادهٔ تکوینی خداوند است، ولی از حیث عمل آزاد بوده، اجبار چه از ناحیهٔ خداوند و چه از سوی انسان‌های دیگر نفی شده است. از نوع بیان مقدمهٔ اعلامیهٔ قاهره می‌توان استنباط کرد که خود را برتر از اعلامیهٔ جهانی می‌انگارد.

اعلامیهٔ قاهره با توجه به مفاهیم عالی و ضوابط اسلامی حقوق بشر را بررسی و تدوین نموده و مبنای کار خود را بر شریعت مقدس اسلام نهاده و با دید مذهبی به بشر و حقوق وی نگریسته و دولت‌های عضو را به رعایت آن حقوق دعوت کرده است. در قسمتی از مقدمهٔ آن که متضمن انگیزهٔ نویسندگانش بوده، آمده است: «... و با ایمان به اینکه حقوق اساسی و آزادی‌های عمومی در اسلام جزئی از دین است و احدی اصولاً حق متوقف کردن کلی یا جزئی یا زیرپا نهادن یا چشم‌پوشی از احکام الهی تکلیفی که خداوند در کتاب‌های خود نازل فرموده و خاتم پیامبرانش را فرستاده و به‌وسیلهٔ او بر رسالت آسمانی مُهرِ پایان زده است، ندارد. بنابراین، مراعات آن‌ها عبادت است و کوتاهی از آن‌ها یا تجاوز از آن‌ها منکر است و هر انسانی به‌طور منفرد، مسئول پاسداری و اجرای آن است و امت به‌گونه‌ای هماهنگ در تضمین [مشترک] آن، مسئولیت دارد و به این جهت، دولت‌های عضو سازمان کنفرانس اسلامی بر این اساس، مواد زیر را اعلام می‌نمایند ...». این نکته دقیقاً در مقابل

عقل‌گرایی حاکم بر اعلامیهٔ جهانی است که حتی ذکر نام خدا (پیشنهاد نمایندهٔ هلند در کنفرانس تدوین) را رد می‌کند.

تفاوت چشمگیر دیگری که اعلامیهٔ اسلامی حقوق بشر با اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر دارد آن است که برخی از اصول اعلامیهٔ جهانی چون با برخی مقررات شرعی مطابقت ندارد؛ برای مثال، در مادهٔ ۱۶ اعلامیه قید شده است که هر زن و مرد بالغی بدون هیچ‌گونه محدودیت از نظر نژاد، ملیت، تابعیت و مذهب می‌توانند باهم ازدواج کنند، اما چون در مذهب اسلام، زن مسلمان فقط با مرد مسلمان می‌تواند ازدواج کند، بنابرین با حذف آزادی در مذهب زوجین، مادهٔ ۵ اعلامیهٔ اسلامی مقرر می‌دارد: «خانواده پایهٔ ساختار جامعه است و زناشویی بر اساس ایجاد آن می‌باشد بنابراین مردان و زنان حق ازدواج دارند و هیچ قید و بندی که بر پایهٔ نژاد یا رنگ یا قومیت باشد نمی‌تواند از این حق آنان، جلوگیری کند».

مادهٔ ۲۴ اعلامیهٔ اسلامی کلیهٔ حقوق و آزادی‌های مندرج در اعلامیه را مشروط به مطابقت با شریعت اسلامی دانسته و مادهٔ ۲۵ اعلامیه مقرر داشته است که «شریعت اسلامی تنها مرجع برای تفسیر یا توضیح هر ماده از مواد این اعلامیه می‌باشد». حرمت جنازهٔ انسان که در بند «د» مادهٔ ۲ اعلامیهٔ اسلامی مورد شناسایی قرار گرفته است در اعلامیهٔ جهانی اثری از آن دیده نمی‌شود.

مقایسه اجمالی دو اعلامیهٔ جهانی و اسلامی حقوق بشر در موارد متعددی به استنباط مباینت بین آن‌ها منجر می‌شود. برای نمونه، اعلامیهٔ اسلامی از اصطلاحاتی استفاده کرده است که از مفاهیم اختصاصی اسلامی محسوب می‌شوند؛ مثلاً طاغوت (مقدمه)، استکبار (مقدمه)، دنیای پس از مرگ (مقدمه)، امر به معروف و نهی از منکر (مادهٔ ۲۲) و ولایت (مادهٔ ۲۳). اعلامیهٔ قاهره- آن‌گونه که در مقدمه به‌روشنی تصریح شد- بر پایهٔ ایمان به خدا و چارچوب‌های فلسفی اسلام استوار شده است.

اعلامیهٔ جهانی به‌روشنی در مقدمهٔ خود بر حیثیت ذاتی افراد تأکید دارد و شناسایی حیثیت ذاتی کلیهٔ اعضای خانوادهٔ بشری و حقوق یکسان و انتقال‌ناپذیر آنان را اساس آزادی، عدالت و صلح در جهان می‌داند. در مقابل، اعلامیهٔ اسلامی علاوه بر کرامت ذاتی که در

مادهٔ ۱ به آن تصریح شده است در همان ماده مقرر می‌دارد کـه «هـیچ احـدی بـر دیگـری برتری ندارد مگر در تقوی و کار نیکو». بخش اخیر از دید بسـیاری از علمـای اسـلامی بـه «کرامت اکتسابی» تعبیر شده است. عمده‌ترین تفاوت کرامت ذاتی و اکتسـابی در آن اسـت که کرامت ذاتی، غیر ارادی بوده و بی‌آنکه آدمی در این امر دخالتی داشته باشد خالق هستی آن را در وجودش به ودیعت نهاده است و این حق مادام که انسانیت انسـان پایـدار و پابرجـا باشد، باقی است. اما کرامت اکتسابی، ارادی و اختیاری بوده، به ارادهٔ انسان و کوشش وی در وصول به آن بستگی دارد و هرچه در این راه بیشتر به تکاپو و تلاش افتد به درجاتی بـالاتر از کرامت نائل خواهد شد.

اعلامیهٔ جهانی در مادهٔ ۴ بردگی را نفی کرده است و اعلامیهٔ اسلامی با بیان توضـیحی در بند ۱ مادهٔ ۱۱ یعنی «هیچ احدی حق به بردگی کشیدن یا ذلیل کردن یا مقهور کردن یا بهره کشیدن، یا به بندگی کشیدن او را ندارد مگر خدای تعالی»، عـلاوه بـر بهره‌کشـی، در صدد است تمام اشکال به‌سلطه کشیدن افراد را نفی کند و هم‌زمان در بند ۲ مادهٔ ۱۱ با بیان اینکه «استعمار به انواع گوناگونش و به اعتبار اینکه بدترین نوع بردگی است، شدیداً تحـریم می‌شود و ملت‌هایی که از آن رنج می‌کشند حق دارند رهایی یافته، سرنوشت خویش را خـود تعیین کنند... همهٔ ملتها نیز حق حفظ شخصیت مستقل و سلطهٔ خود بر منـابع و ثروت‌هـای طبیعی را دارند». استعمار ملت‌ها را نیز از انواع بردگی دانسته، آن را نمی‌پذیرد.

آزادی عقیده یکی از اصول اعلامیهٔ جهانی محسـوب می‌شـود و در مـادهٔ ۱۸ آن چنـین آمده است: «هرکس حق دارد که از آزادی فکر، وجدان و مذهب بهره‌منـد شـود. ایـن حـق متضمن آزادی تغییر مذهب یا عقیده و همچنین متضمن آزادی اظهار عقیده و ایمان است و نیز شامل تعلیمات مذهبی و اجرای مراسم دینی می‌شود». بااین‌حال، اعلامیهٔ قاهره به‌منظور مواجهه با الحاد، عقیدهٔ صحیح را مطرح می‌کنـد و در مـادهٔ ۱ خـود صـحت عقیـده را تنهـا تضمین برای رشد شرافت انسان می‌داند.

همچنین در چارچوب تفکر و شریعت اسلامی، حقوق دیگری مثل حق نفقه بـرای زنـان (مادهٔ ۶) و حق تبلیغ صحیح (مادهٔ ۲۲) را نیز به فهرست خود اضافه کرده است.

اعلامیهٔ اسلامی در مادهٔ ۹، هدفمند کردن حقوق و آزادی‌ها را با مفهوم نفع و مصلحت جمع کرده و به‌دنبال اعطای فرصت مناسب به هر فرد است. «الف) طلب علم یک فریضه است و آموزش یک امر واجب بر جامعه و دولت است، و بر دولت لازم است که راه‌ها و وسایل آن را فراهم نموده، متنوع بودن آن را به‌گونه‌ای که مصلحت جامعه را برآورد، تأمین نماید و به انسان فرصت دهد که نسبت به دین اسلام و حقایق هستی معرفت حاصل کند و آن را برای خیر بشریت به‌کار گیرد. ب) حق هر انسانی است که مؤسسات تربیتی و توجیهی مختلف از خانواده و مدرسه و دانشگاه گرفته تا دستگاه‌های تبلیغاتی و غیره که کوشش در راستای پرورش دینی و دنیوی انسان می‌نمایند، برای تربیت کامل و متوازن او تلاش کنند و شخصیتش را پرورش دهند به‌گونه‌ای که ایمانش به خدا و احترامش به حقوق و وظایف و حمایت از آن فراهم شود».

۲,۳. اعلامیهٔ قاهره به‌مثابهٔ حاشیهٔ تفسیر اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر

درحالی که اعلامیهٔ وین (۱۹۹۳م) بر جهان‌شمول بودن حقوق بشر تأکید کرده، هم‌زمان از احترام به فرهنگ‌های مختلف سخن می‌راند، آیا اعلامیهٔ حقوق بشر اسلامی در قالب حاشیهٔ تفسیر، ضمن داشتن تفاوت‌های پیش‌گفته با اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر و جهان‌شمول بودن آن قابل‌جمع است؟ از یک سو، یکی از پایه‌ای‌ترین هنجارهای حقوق بشری احترام به آرا و آزادی‌ها و به‌رسمیت شناختن تعیین سرنوشت تمام انسان‌ها است؛ از سوی دیگر شاهد وجود هنجارهای قومی و ملی متعارض با هنجارهای اعلامیهٔ جهانی هستیم.

دادگاه اروپایی حقوق بشر در تعارض میان قاعدهٔ فراملی یعنی کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و حقوق داخلی، در قضیهٔ «هندی‌ساید علیه انگلستان» در سال ۱۹۷۴م، اعلام کرد که اگرچه در کنوانسیون حقوق بشر سازوکار پشتیبانی از حقوق بشر پیش‌بینی شده، ولی این سازوکار تکمیلی و در کمک به نظم ملی حقوق بشر است. بنابراین، توجه به هنجارهای ملی و محلی کشورهای عضو یک اصل است و به‌طور مشخص ممکن نیست در حقوق بومی کشورهای گوناگون عضو کنوانسیون بتوان به مجموعهٔ کاملی از مفاهیم اخلاقی مشترک

دست یافت. در این رأی، دادگاه به مفهوم «حاشیهٔ تفسیر» اشاره کرد و اینکه دادگاه به هر کشور این اجازه را می‌دهد که با توجه به تمایزات خودش حقوق قابل اعمال را تعریف کند. درصورتی که نسبت میان اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر و اعلامیهٔ قاهره را بسنجیم، این رابطه با توجه به هدف تدوین‌کنندگان سند متأخر از نوع تکمیلی نبوده است. تصویب‌کنندگان اعلامیهٔ اخیر به‌دنبال افزودن حقوقی مازاد بر حقوق مندرج در سند پیشین نبوده‌اند. آنچه رخ داد، اصلاح یا جرح و تعدیل[1] اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر نبود. لذا اگر کمیتهٔ حقوق بشر را دادگاه ناظر بر اجرای اعلامیه حقوق بشر بدانیم از این منظر حاشیهٔ تفسیر در میان دو سند یادشده قابل اعمال نیست.

کنوانسیون‌های منطقه‌ای حقوق بشری هرکدام در مقایسه با اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر، حقوق جدیدی را تصریح کرده‌اند؛ برای مثال، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (۱۹۵۰م) به حق حیات، ممنوعیت شکنجه، ممنوعیت بردگی و کار اجباری، مجازات بدون قانون تصریح کرده و کنوانسیون امریکایی حقوق بشر (۱۹۶۵م) به حق شخصیت حقوقی، حق حیات، حق برائت، ممنوعیت بردگی، اصل برابری، آزادی مذهب، حمایت از خانواده، حق نام، حق کودک به تابعیت و حقوق سیاسی پرداخته است؛ همان‌طور میثاق عربی حقوق بشر، عدم شکنجه، آزادی برگشت به کشور، حق پناهندگی و حق تجدیدنظرخواهی را افزوده است. تمام این موارد، درواقع ذیل اعلامیهٔ جهانی قابل تعریف است و اساساً مباینتی با آن ندارد و به تعبیر اعلامیهٔ وین (۱۹۹۳م)، موارد یادشده حقوق جهان‌شمول، تفکیک‌ناپذیر، به‌هم پیوسته و وابسته به‌هم هستند و از یک منظر، وضعیت فرعیت بین اعلامیهٔ جهانی و آن‌ها حاکم است. اما اعلامیهٔ قاهره حالت فرعیت نسبت به اعلامیهٔ جهانی ندارد و در موارد متعددی، نهادهای حقوق بشری سازمان ملل با استناد به اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر مواردی از اعمال دولت های امضاکنندهٔ اعلامیهٔ قاهره مورد توجه و انتقاد قرار داده، این درحالی است که آن موارد طبق اعلامیهٔ قاهره می‌تواند قابل توجیه تلقی شود. مثال‌های متعدد این ادعا در قالب سازوکار بررسی دوره‌ای[2] وضعیت برخی کشورهای اسلامی مثل عربستان در مورد برابری جنسیتی در شورای حقوق بشر قابل مشاهده است.

---

۱. modification

۲. Universal Periodic Review (UPR)

حاشیهٔ تفسیر در بحث جهان‌شمولی، استدلال مبتنی بر حاکمیت است که متفاوت از استدلال‌های مبتنی بر نسبیت فرهنگی است. نسبیت مقرر در دکترین حاشیهٔ تفسیر از نوع حاکمیتی است که به نسبیت فرهنگی تفسیر نمی‌شود، زیرا اصل حاکمیت اصل بنیادین حقوق بین‌الملل است. دکترین حاشیهٔ تفسیر درواقع بر مفهوم جهان‌شمولی ابتنا یافته و مانع نسبی‌گرایی فرهنگی است. دادگاه اروپایی حاشیهٔ تفسیر را برای تنظیم تفاسیر دولت‌ها در مورد حقوق بشر به‌کار می‌برد و درعین‌حال هستهٔ اروپایی آن ارزش‌ها را حفظ می‌کند. این درحالی است که اعلامیهٔ قاهره بیانگر نوعی نسبیت فرهنگی میان خود و دیگر اعضای اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر است. اعضای اعلامیهٔ قاهره با ابتنا بر فرهنگ و ارزش‌های اسلامی در صدد بر آمده‌اند اعلامیهٔ جهانی را در مواردی قید بزنند.

در خصوص عدم قطعیت برخی قواعد، در میان اعضای اعلامیهٔ قاهره نیز با تنوعی از برداشت‌ها راجع به برخی حقوق و تکالیف مواجه‌ایم که به نوبهٔ خود مدعی اصالت و وثاقت تفسیر خود هستند و متناسب با فقه و تفسیر پذیرفته‌شده، مثلاً راجع به مجازات دزدی، در قوانین آن کشورها متبلور شده است. این عدم قطعیت گرچه از نظر اعلامیهٔ قاهره موجه است، لیکن به معنی شناسایی تمام آن تفاسیر از دید اعلامیهٔ جهانی نیست. امضاکنندگان اعلامیهٔ اسلامی در اعمال حاکمیت خود صلاحیت گسترده‌ای در سیاست‌های اجتماعی و دستیابی به توازن میان حقوق و منافع عمومی و مسائل خانوادگی، دارند، بااین‌حال، مشاهده می‌شود که تلاش دارند اعمال خود را بیشتر با اعلامیهٔ جهانی منطبق سازند؛ نمونهٔ اخیر آن را می‌توان در لحاظ کردن این امور در تدوین قانون اساسی جدید عراق ملاحظه کرد.

اعلامیهٔ قاهره حقوق مندرج در مقررات خود را بر اعتقاد به «توحید ناب که ساختار اسلام بر پایهٔ آن استوار شده بنیان نهاده است، عقیده‌ای که بشریت را فرا خواند تا جز خدا کسی را پرستش نکرده، شریکی برای او قائل نشوند و احدی را به‌عنوان خدا به جای الله نگیرند، عقیده‌ای که پایهٔ راستین آزادی مسئولانهٔ بشریت و حیثیت آنان را پی‌ریزی کرده و رهایی انسان از بردگی را اعلان نموده است». این اعلامیه به‌وضوح آزادی را که از اصول بنیادین حقوق بشر مندرج در اعلامیهٔ جهانی است، به «مسئولیت» مقید می‌داند. مادهٔ ۱ اعلامیهٔ حقوق بشر اسلامی تساوی اصل شرافت انسانی برای همه و برابری در تکلیف و مسئولیت بدون هرگونه تبعیض از لحاظ نژاد، رنگ یا زبان، جنس، اعتقاد دینی یا وابستگی

سیاسی و غیره را مورد تأیید قرار داده و به‌رسمیت شناخته است؛ درحالی که اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر در مادهٔ ۲ به تساوی در بهره‌مندی از حقوق و آزادی‌ها بدون هرگونه تبعیضی تصریح کرده است. افزون بر این، بند «الف» مادهٔ ۱ اعلامیهٔ حقوق بشر اسلامی با تصریح به اینکه عقیدهٔ صحیح تنها تضمین برای رشد شرافت از راه تکامل انسانی است، به این نکته اشاره دارد که با وجود برابری انسان‌ها در اصل اشرف مخلوقات بودن، برخی می‌توانند با کسب باورهای صحیح دینی شرافت بیشتری را کسب نمایند؛ درحالی که اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر متعرض این مسئله نمی‌شود.

می‌توان استدلال کرد که تأکید سند اسلامی بر اینکه «حقوق اساسی و آزادی‌های عمومی در اسلام جزئی از دین مسلمانان است، پس هیچ احدی به‌طور اصولی حق متوقف کردن کلی یا جزئی یا زیرپا نهادن یا چشم‌پوشی کردن از احکام الهی تکلیفی که خداوند از راه کتاب‌های خود نازل نموده و خاتم پیامبرانش را فرستاده و به‌وسیلهٔ او پایان و اختتامی برای رسالت آسمانی بعمل آورده است، ندارد» (مقدمه اعلامیهٔ حقوق بشر در اسلام)، گویای این است که حق‌های بشری مندرج در آن صرفاً اختصاص به جامعهٔ باورمندان مسلمان ندارد؛ یعنی مستلزم پذیرش نسبیت فرهنگی در حقوق بشر نیست. به عبارت دیگر، حقوق طرح‌شده در آن نیز خود جهان‌شمول است؛ بااین‌حال، بر اساس اصل نسبیت معاهدات (مادهٔ ۲۶ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات) این سند تنها در میان اعضای سازمان همکاری اسلامی که آن را پذیرفته‌اند قابلیت اجرا می‌تواند داشته باشد و نمی‌تواند کشورهای ثالث را متعهد کند و از سوی دیگر تمام امضاکنندگان اعلامیهٔ قاهره در زمرهٔ امضاکنندگان اعلامیهٔ جهانی نیستند؛ برای مثال، یمن با اعلامیهٔ جهانی مخالفت کرده و عربستان به آن رأی ممتنع داده است.

مفهوم جهان‌شمول بودن حقوق بشر در متن اعلامیهٔ جهانی از مفهوم مطلق بودن آن قابل درک است. جهان‌شمولی به معنی مطلق بودن قلمرو حق‌ها در عرصهٔ فرهنگ‌ها و مکان‌ها و زمان‌های مختلف است؛ یعنی حقوق بشر اختصاص به فرهنگ جامعه و کشوری خاص نداشته، متغیر نیست و این درحالی است که در اعلامیهٔ قاهره شاهد تعریف جدیدی از حقوق به‌موازات و مستقل از اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر هستیم.

دو اعلامیهٔ مورد بحث، اسنادی مستقل از هم هستند که برگرفته از جهان‌بینی‌های متمایز و در پی اهداف متفاوتی هستند. اعلامیهٔ جهانی در مادهٔ ۱ با اولویت قائل شدن برای آزادی مقرر می‌دارد: «تمام افراد بشر آزاد به دنیا می‌آیند و از لحاظ حیثیت و حقوق با هم برابرند، همه دارای عقل و وجدان هستند و باید نسبت به یکدیگر با روح برادری رفتارکنند» و به نحوی برابری افراد بشر را ذیل آزادی تعریف می‌کند. درحالی که اعلامیهٔ قاهره در پاراگراف ۱ از مادهٔ ۱ خود با بیان اینکه «بشر، به‌طور کلی، یک خانواده است که بندگی نسبت به خداوند و فرزندی نسبت به آدم آن‌ها را گرد آورده، همهٔ مردم در اصل شرافت انسانی و تکلیف و مسئولیت برابرند؛ بدون هرگونه تبعیضی از لحاظ نژاد یا رنگ یا زبان یا جنس با اعتقاد دینی یا وابستگی سیاسی یا وضع اجتماعی و غیره»، برابری را محور مفاد خود قرار داده و آن را ذیل بندگی و تکالیف الهی تعریف می‌نماید. لذا می‌توان گفت از لحاظ فلسفی، درحالی‌که اعلامیهٔ جهانی آزادی را نخستین حق بشر یاد می‌کند اعلامیهٔ قاهره برابری را در این مقام می‌گذارد.

بیشتر اسناد بین‌المللی حقوق بشری که خود را ذیل اعلامیهٔ جهانی تعریف می‌کنند از طریق مجاز دانستن حق شرط به نحوی حاشیهٔ تفسیر را پیش‌بینی می‌کنند، اما اعلامیهٔ قاهره گرچه همان‌طور که از عنوان آن نیز پیداست الزام‌آور نیست و سندی بین‌المللی است که حتی برخی کشورهای امضاکننده در مواردی آن را با اعمال حق شرط[1]پذیرفته‌اند (جعفری، ۱۳۹۰، ۱۶۰). فقدان سازوکار نظارتی اعلامیهٔ قاهره باعث شده است که در موازنهٔ سه‌گانه میان حاکمیت دولت‌ها، اعلامیهٔ اسلامی و اعلامیهٔ جهانی، با نبود ضمانت اجرا و قدرت اجرایی روبرو باشد.

هیچ ارگان بین‌المللی وجود ندارد که بر اجرای هر دو اعلامیهٔ حقوق بشری به صورت هم‌زمان حالت ناظر یا داوری داشته باشد و از این لحاظ به‌نظر نمی‌رسد دکترین حاشیهٔ تفسیر در خصوص دو اعلامیهٔ جهانی و اسلامی قابل استناد باشد. اعلامیهٔ قاهره فاقد سازوکار نظارتی بر کشورهای عضو است و ارگان‌های بین‌المللی نظارتی مثل کمیتهٔ حقوق بشر و کمیته‌های مشورتی شورای حقوق بشر و کمیساریای عالی حقوق بشر سازمان ملل

۱. اندونزی و مالزی با ارشادی دانستن اعلامیه با آن موافقت کردند.

که اجرای اعلامیهٔ جهانی را در کشورها مورد ارزیابی قرار می‌دهد سابقه‌ای از استناد به اعلامیهٔ قاهره از خود ثبت نکرده‌اند. از این منظر، دکترین تکریم در مورد روابط متقابل اعلامیهٔ قاهره و اعلامیهٔ جهانی مورد توجه نبوده است. به‌نظر می‌رسد گرایش غالب در خصوص ممنوعیت مجازات اعدام در اسناد حقوق بشری مبتنی بر اعلامیهٔ جهانی، نمی‌تواند اجرای برخی قواعد اسلامی مثل قصاص را مورد تکریم قرار دهد. حتی در مواردی که مقامات داخلی برخی کشورهای اسلامی از مجازات اعدام به علت نفع بالاتر یعنی محافظت از جامعه در مقابل معضل مواد مخدر یا حفظ نظم عمومی دفاع نموده‌اند تناسب آن با حق حیات مجرم به‌رسمیت شناخته نشده است.

ممکن است برای حل اختلافات موجود میان اعلامیهٔ جهانی و اعلامیهٔ قاهره، به لحاظ نظری به دکترین نسبیت اخلاقی توسل شود که باوری به وجود هنجارهای عقلانی-اخلاقی یا هنجارهای جهان‌شمول اخلاقی ندارد، و[illegible] دلیل ضرورت زندگی اجتماعی مدرن یا حتی نفع‌گرایانه، از ضرورت وجود هنجارهای حقوق بشری جهان‌شمول دفاع می‌کند. در این خصوص می‌توان گفت که هر دو اعلامیه به‌نحوی قائل به جهان‌شمولی هستند؛ اعلامیهٔ جهانی در میان تمام افراد در کشورهای جهان و اعلامیهٔ قاهره در میان تمام کشورهای اسلامی؛ با این تفاوت که اعلامیهٔ جهانی تعداد بیشتری از کشورها را متعهد می‌سازد و اعلامیهٔ اسلامی تعداد کمتری را ملتزم می‌کند. کمتر بودن کشورهای متعهد به اعلامیهٔ قاهره نه ناشی از محدودتر بودن گسترهٔ ذاتی آن، بلکه مبتنی بر محدود بودن تعداد کشورهایی است که خود را تا حدودی متعهد به قوانین اسلامی می‌دانند.

دکترین حاشیهٔ تفسیر که به قاضی در تشخیص اجرای تعهدات بین‌المللی در داخل کشورها کمک می‌کند، به‌نوعی مبتنی بر سلسله‌مراتب میان استانداردهای بین‌المللی با قوانین داخلی است؛ درحالی که میان دو اعلامیه رابطهٔ حقوقی مبتنی بر سلسله‌مراتب حاکم نیست. دلیل اصلی که چرا حاشیهٔ تفسیر بر اساس رویهٔ دولت‌ها قابل توجیه است ناشی از اهمیت دولت‌ها در شکل‌گیری تعهدات بین‌المللی است. این موضوع هنوز از سوی کشورهای اسلامی در خصوص اعلامیهٔ قاهره مورد ادعا قرار نگرفته و هیچ کشوری تاکنون مدعی نشده است که اعلامیهٔ قاهره را بر اساس حاشیهٔ تفسیر خود نسبت به اعلامیهٔ جهانی

می‌پذیرد.

نتیجه

فراگیر شدن قواعد حافظ حقوق انسانی مستلزم قواعد ویژه و مشترک و مورد اتفاق تمام کشورها است. هنجارهای حقوقی بازتاب هنجارهای بنیادینی چون اخلاق، مذهب، عرف و عادات است. دولت‌های اسلامی با اعلامیهٔ اسلامی حقوق بشر در سال ۱۹۹۰م با دلایل نظری و عملی همچون اخلاق، عرف و عادات، نظم اجتماع، عدالت، منافع ملی و مصالح عمومی، احترام به آرای عمومی، حاکمیت دولت‌ها و تمایلات ناسیونالیستی به نحوی در صدد اعمال تحفظ نسبت به اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر برآمدند. این کشورها درواقع به‌دنبال رهایی از تعهدات مورد تحفظ هستند و ضمن پذیرش بخشی از تعهدات سند موردبحث، خواهان معافیت نسبت به بخش دیگری از تعهدات آن هستند.

اعلامیهٔ قاهره گرچه از لحاظ طرف‌های عضو با اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر رابطهٔ عموم و خصوص مطلق دارد، از لحاظ ارزش حقوقی، هم‌سطح است و سلسله‌مراتبی میان آن‌ها حاکم نیست. قواعد فرعیت، تکریم و تناسب که مبانی تحقق دکترین حاشیهٔ تفسیر هستند در رابطهٔ متقابل اعلامیهٔ اسلامی و اعلامیهٔ جهانی جاری‌اند. از سوی دیگر، هیچ نهادی وجود ندارد که هم‌زمان ناظر یا داور اجرای این دو سند باشد. درعین‌حال، با فرض اینکه نهادی همچون کمیتهٔ حقوق بشر ناظر اجرای مفاد اعلامیه در کشورهای عضو باشد، هیچ سلسله‌مراتبی میان اعلامیهٔ اسلامی و قوانین داخلی اندیشیده نشده است.

لذا به‌نظر نمی‌رسد با توسل به دکترین حاشیهٔ تفسیر، اختلافات میان این دو به‌راحتی حل و فصل شود. می‌توان به جهان‌شمولی نُرم‌های حقوق بشری که حاصل رویکرد حق‌مدار است پایبند بود و به‌گونه‌ای بر فضیلت‌مداری و نوع‌دوستی مبتنی بر فرهنگ‌های خاص پافشاری کرد. هم‌زمان با آشنایی جوامع مسلمان با مفهوم و مفاد اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر، متقابلاً در نتیجهٔ نفوذ اسلام در جوامع اسلامی و آشنایی بیشتر جوامع غیراسلامی با اعلامیهٔ قاهره، گفتگوی میان طرف‌داران دو رویکرد می‌تواند زمینهٔ بهتری را برای تسهیل درک مفاهیم حقوق بشر ایجاد کند.

منابع و مآخذ

الف) فارسی

- کتاب‌ها

۱. بازرگان، مهدی (۱۳۸۰)، «آزادی بشریت و مبنای وظایف مدنی»، م. بسته‌نگار، (ویراستار)، ***حقوق بشر از منظر اندیشمندان***، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۲. جعفری، محمدتقی (۱۳۹۰)، ***حقوق جهانی بشر***، تهران: مؤسسهٔ تدوین و نشر آثار علامه جعفری.

۳. سیدفاطمی، سید محمدقاری (۱۳۸۲)، ***حقوق بشر در جهان معاصر: جستارهایی تحلیلی از حق‌ها و آزادی‌ها***، تهران: مرکز چاپ و انتشارات دانشگاه شهید بهشتی.

۴. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۸)، **مبانی حقوق بشر در اسلام و دنیای معاصر**، تهران: مجد.

۵. فالی، نریمان (۱۳۷۷)، «جهانشمولی حقوق بشر»، شریفی طرازکوهی، حسین (گردآوری)، ***حقوق بشر در پرتو تحولات بین‌المللی***، تهران: نشر دادگستر.

- مقاله‌ها

۶. بی‌نام (۱۳۸۴)، «اندیشمندان اسلامی و اعلامیهٔ حقوق بشر»، ***مجلهٔ حوزه***، شمارهٔ ۱۲۸ و ۱۲۹.

۷. جاوید، محمدجواد و مکرمی قرطاول، یاسر (۱۳۹۱)، «نقش کشورهای اسلامی در تدوین و تصویب اسناد جهانی حقوق بشر»، ***مطالعات حقوق بشر اسلامی***، شمارهٔ ۱.

۸. دانش‌پژوه، مصطفی (۱۳۹۰)، «حقوق بشر اسلامی، امتناع یا ضرورت»، ***معرفت حقوقی***، شمارهٔ ۲.

۹. شریفی طرازکوهی، حسین و مبینی، جواد (۱۳۹۳)، «دکترین حاشیه مجاز تفسیر در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر»، ***پژوهش حقوق عمومی***، شمارهٔ ۳۳.

۱۰. مودودی، ابوالاعلی (۱۳۸۹)، «حقوق بشر در اسلام»، حسینی الموسوی، سید مجتبی (مترجم)، ***فروغ وحدت***، شمارهٔ ۲۱.

ب) انگلیسی

- Books

1. Baehr, Peter (2016), *Human Rights:* ***Universality in Practice***, Palgrave Macmillan.
2. Cruft, R., Liao, S. M., & Renzo, M. (2015), ***Philosophical Foundations of Human Rights***, Oxford University Press.
3. Donnelly, J., (2013), ***Universal Human Rights in Theory and Practice***, Cornell University Press.
4. Hashimoto, H. (2004), ***The Prospects for a Regional Human Rights Mechanism in East Asia***, Routledge.
5. Kingsbury, D., & Avonius, L. (2008), ***Human Rights in Asia: A Reassessment of the Asian Values Debate***, US. Palgrave Macmillan.
6. Leach, Ph. (2014), ***The European system and approach***, Sheeran, S., & Rodley, N., (eds.), Routledge handbook of international human rights law.
7. Legg, A. (2012), ***The margin of appreciation in international human rights law: deference and proportionality***, Oxford University Press.
8. Milne, A. J. M. (1986), ***Human Rights and Human Diversity: an Essay in the Philosophy of Human Rights***, Palgrave Macmillan.
9. Rehman, J., & Breau, S. C. (2007), ***Religion, Human Rights and International Law, A Critical Examination of Islamic State Practices***, Brill.
10. Shelton, D. (2013), ***The Oxford Handbook of International Human Rights La****w*, Oxford University Press.
11. Weiss, N., & Thouvenin, J.-M. (2015), ***The Influence of Human Rights on International Law***, Springer.

- Articles

12. An-Naim, A. A. (1995), «***Toward a Cross-Cultural Approach to***

Defining International Standards of Human Rights», In A. A. An-Naim (Ed.), Human rights in cross-cultural perspectives: A quest for consensus, University of Pennsylvania Press.

13. Arnold, R. (2012), «***The Universalism of Human Rights***», Springer Science & Business Media, Vol. 16.

14. Donders, Y. (2010), «***Do Cultural Diversity and Human Rights Make a Good Match?***», International Social Science Journal, Vol. 61(199).

15. Freeman, M. (2014), «***Universalism of human rights and cultural relativism***», Sheeran, S., & Rodley, N., (eds.), Routledge handbook of international human rights law, Routledge.

16. Hutchinson, M. R. (1999), «***The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights***», International & Comparative Law Quarterly, Vol. 48(3).

17. Ishay, M. (2004), «***What are human rights? Six historical controversies***», Journal of Human Rights, Vol. 3(3).

18. Letsas, G. (2006), «***Two concepts of the margin of appreciation***», Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26(4).

19. McGoldrick, D. (2016), «***A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee***», International & Comparative Law Quarterly, 65(1).

20. Shany, Y. (2005), «***Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?***», European Journal of International Law, Vol. 16(5).

21. Spielmann, D. (2014), «***Whither the Margin of Appreciation?***», The European Court of Human Rights: Current Legal Problems lecture, Vol. 67(1).

- Doctoral Dissertation

22. Brems, E. (1995), ***Margin of Appreciation Doctrine in the Case-law of the European Court of Human Rights***, Harvard Law School.

- cases

23. United Nations Human Rights Committee, ***Leo Hertzberg et al. v. Finland***, Communication No. 61/1979.

24. United Nations Human Rights Committee, ***Länsman et al v Finland***, Communication No. 511/1992.

25. Inter-American Court of Human Rights, ***Salvador Chiriboga v. Ecuador***, Judgment 6 May 2008.

26. Inter-American Court of Human Rights, ***Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica Requested by the Government of Costa Rica***, Advisory Opinion Oc-4/84 of January 19, 198.

- Documents

27. Human Rights Council (2009), ***Report of The Working Group on the Universal Periodic Review, Responses of the Kingdom of Saudi Arabia to the Recommendations Made to Itw within the Framework of the Universal Periodic***, Review On 10 February 2009.

28. Iraqi Constitution (2005), Accessible at: www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=10027

29. Islamic Conference of Foreign Ministers (1990), ***Cairo Declaration on Human Rights in Islam.***, U.N. GAOR. A/CONF.157/PC/62/Add.18.

30. Islamic Council of Europe (1981), ***Universal Islamic Declaration of Human Rights***. Accessible at: http://unesdoc.unesco.org/ulis/cgi-bin/ulis.pl?catno=47430&set=005BCCBE1B_2_173&gp=1&mode=e&lin=1&ll=1.

31. Resolution adopted by the United Nation´s General Assembly (1948), ***Universal Declaration of Human Rights***, 10 Dec. 1948. A/RES/3/217 A.

نشریه علمی مطالعات حقوقی معاصر، سال دهم، شماره نوزدهم، پاییز و زمستان ۹۸، صفحات۲۵۷-۲۹۴

تاریخ دریافت: ۹۸/۰۲/۲۹ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۸/۰۸/۱۳

واکاوی فقهی حقوقی تخلف نماینده از حدود اختیارات مربوط به مَهر در نکاح دائم

سید محمدمهدی قبولی درافشان ۱
سید محمدهادی قبولی درافشان ۲
محمدتقی نادی ۳

چکیده

از نظر حقوق ایران ممکن است در مواردی قرارداد نکاح از سوی وکیل یا نمایندهٔ قانونی شخص منعقد شود. در این شرایط، نماینده باید در چارچوب اختیارات قراردادی و قانونی خویش اقدام نماید. طبیعتاً در فرض دخالت نماینده در انعقاد نکاح دائم یکی از مسائلی که در قرارداد نکاح ذکر می‌شود، مهریه است. حال پرسش این است که ضمانت اجرای تخلف نماینده از اختیاراتش در خصوص مهریه چیست؟ این جستار با روشی توصیفی- تحلیلی به بررسی مسئلهٔ یادشده از نظر فقهی و حقوقی پرداخته است. نتایج این پژوهش حاکی از این است که میان فقیهان در این زمینه اختلاف وجود دارد و در نظر اغلب فقیهان، تخلف وکیل از حدود اختیار خود در زمینهٔ مهر موجب عدم نفوذ اصل قرارداد نکاح می‌شود. در مورد ولیّ قهری و سایر اولیای عقد نیز نظر واحدی در فقه امامیه وجود ندارد. قانون‌گذار ایران فقط در مورد تخلف وکیل نسبت به مهریه به عدم نفوذ نکاح در مادهٔ ۱۰۷۳ تصریح و در مورد سایر نمایندگان سکوت اختیار کرده است. با بررسی و نقد ادلهٔ نظریهٔ یادشده، به اعتقاد نگارندگان، تخلف نماینده نسبت به مهر نمی‌تواند عدم نفوذ اصل قرارداد نکاح را به‌دنبال داشته باشد، بلکه با توجه به رکن نبودن مهریه و ادلهٔ دیگری از قبیل رابطهٔ تعدد مطلوب میان نکاح و مهر، صحت اصل نکاح و عدم نفوذ یا بطلان مهر اقوی است. بنابراین پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار با اصلاح مادهٔ ۱۰۷۳ قانون مدنی نفوذ قرارداد نکاح را در فرض تخلف نماینده از مهریه پذیرفته، در مورد سایر نمایندگان نیز اظهار نظر روشن نماید.

واژگان کلیدی: اولیای عقد، تخلف از مهریه، مادهٔ ۱۰۷۳ قانون مدنی، نمایندگی در نکاح، وحدت و تعدد مطلوب.

---

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد- ایران (نویسندهٔ مسئول) ghaboli@um.ac.ir
۲. استادیار دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد- ایران h.ghaboli@um.ac.ir
۳. کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد- ایران nadi@mail.um.ac.ir

مقدمه

یکی از مباحث مهم فقهی و حقوقی، مسئلهٔ نمایندگی (اعم از قراردادی، قانونی و قضایی) است. طبیعی است مسائل گوناگونی در خصوص نمایندگی مطرح است که از جملهٔ آن‌ها ضمانت اجرای تخلف نماینده از حدود اختیارات خود می‌باشد. در این میان تخلف نماینده از اختیارات خود در انعقاد قرارداد نکاح، یکی از مواردی است که در حقوق خانواده مطرح است. قانون‌گذار ایران در مادهٔ ۱۰۷۱ قانون مدنی، وکالت در انعقاد نکاح را به تبع فقه امامیه (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج۴، ۱۸۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ۲۱۱؛ حرّ عاملی، ۱۴۱۲ق، ج۷، ۱۴۱) پذیرفته است. چنان‌که امکان انعقاد قرارداد نکاح از سوی ولی با شرایطی از مادهٔ ۱۰۴۱ قانون مدنی ایران قابل استنباط است[1] حال پرسشی که وجود دارد این است که آیا تخلف نماینده از حدود اختیارات خویش در انعقاد نکاح، درهرحال عدم نفوذ قرارداد را به‌دنبال دارد یا اینکه میان نوع تخلف یا نوع نماینده در این زمینه می‌توان تفاوت قائل شد. توضیح اینکه چنانچه نمایندگی قراردادی باشد، طبیعتاً حدود اختیارات وکیل، تابع قرارداد وکالت خواهد بود و بر حسب مورد ممکن است وکالت عام و مطلق بوده یا به شرایط خاصی مقید باشد. حال اگر وکالت به شرایطی در مورد طرف قرارداد یا میزان مهریه و شروط ضمن عقد و مانند آن مقید باشد، آیا کوچک‌ترین تخلفی موجب عدم نفوذ عقد می‌شود یا اینکه نوع تخلف وکیل در پاسخگویی به پرسش مؤثر است؟ در مورد ولی نیز با توجه به اینکه به‌نظر می‌رسد اختیارات وی به رعایت غبطه مولّی‌علیه مقید است، آیا هرگونه عدم رعایت مصلحت موجب عدم نفوذ قرارداد می‌شود یا میان موارد مختلف عدم رعایت مصلحت باید

---

۱. گفتنی است، منطوق مادهٔ ۱۰۴۱ قانون مدنی دلالت بر این دارد که متولی عقد، شخصی غیر از ولیّ قهری است لیکن برای نفوذ عقد، إذن ولیّ دختر قبل از ۱۳ سال شمسی و پسر قبل از ۱۵ سال شمسی لازم است. حال اگر مقصود قانون‌گذار از وضع این ماده، این دانسته شود که ولیّ قهری می‌تواند قبل از سنین یادشده نکاح را با رعایت شرایطی جاری سازد، مستقیماً دلالت بر نکاح از سوی ولی خواهد داشت؛ چنان‌که برخی استادان حقوق (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۷۷) تبصرهٔ سابق مادهٔ ۱۰۴۱ قانون مدنی را که از عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازهٔ ولی سخن می‌گفت، محمول بر انشای عقد نکاح از سوی ولی دانسته بودند. لیکن اگر این تفسیر پذیرفته نشود و سن مقرر در مادهٔ یادشده سن بلوغ برای عقد نکاح دانسته شود، طبیعتاً در مورد شخص غیربالغ (در خصوص نکاح) ولیّ قهری با استناد به ملاک مادهٔ ۱۰۴۱ قانون مدنی باید بتواند عقد نکاح را به ولایت منعقد نماید. درهرحال اگر استدلال‌های یادشده پذیرفته نشود، نمی‌توان به مادهٔ ۱۰۴۱ قانون مدنی برای انعقاد عقد نکاح از سوی ولیّ قهری استناد نمود و باید در این خصوص به منابع معتبر فقهی در خصوص انعقاد نکاح از جانب ولی مراجعه نمود که در قسمت‌های بعدی مقاله به آن پرداخته شده است.

تفکیک نمود. همین پرسش در مورد وصی منصوب از جانب ولی و قیّم و نیز سایر نمایندگی‌هایی که جنبهٔ قضایی یا قانونی دارند (در مواردی که اختیار تزویج مولّی‌علیه برای ایشان تشریع شده باشد)، قابل طرح است. این پژوهش در صدد است با روشی توصیفی-تحلیلی، مسئله یادشده را از نظر فقهی و حقوقی مورد بررسی قرار دهد. طبیعتاً بررسی فقهی موضوع از این نظر اهمیت دارد که مقررات قانون مدنی در قسمت حقوق خانواده عمدتاً مبتنی بر مبانی فقهی و برگرفته از آرای فقیهان امامی است. برای بررسی موضوع و با توجه به تفاوت‌هایی که انواع نمایندگی با یکدیگر دارند، ابتدا ضمانت اجرای تخلف وکیل از حدود اختیاراتش بررسی می‌شود و سپس از سایر نمایندگی‌ها سخن گفته خواهد شد.

قبل از ورود به تحلیل مسئله از نظر فقهی و حقوقی، با توجه به اینکه ممکن است وجود رابطهٔ وحدت و تعدد مطلوب میان نکاح و مهر و رکن بودن یا نبودن مهر نسبت به نکاح و نیز رابطهٔ میان وحدت و تعدد مطلوب با رکن بودن یا نبودنْ در تحلیل موضوع مؤثر باشد، شایسته است به نحو مختصر به مسئلهٔ وحدت و تعدد مطلوب و رکنیت و عدم رکنیت و ارتباط آن‌ها اشاره شود.

۱. تبیین ارتباط مَهر و نکاح از نظر رابطهٔ وحدت و تعدد مطلوب و رکنیت یا عدم رکنیت

برای تبیین رابطهٔ مهر و نکاح از نظر وحدت یا تعدد مطلوب و نیز رکن بودن یا نبودن مهر نسبت به نکاح، شایسته است ابتدا به تبیین مفهوم و معیار تشخیص وحدت و تعدد مطلوب و ارتباط امور رکنی و غیررکنی با اصطلاحات یادشده بپردازیم. مقصود از وحدت مطلوب این است که رابطهٔ میان دو یا چند شیء به‌گونه‌ای باشد که وجود همه با هم لازم بوده، گسست میان آن‌ها اصل مطلوب را منتفی نماید. تعدد مطلوب در جایی است که وجود هریک از اشیای یادشده دارای مطلوبیت است و اگر برخی از آن‌ها وجود نداشته باشد، موجب نفی مطلوبیت از موارد موجود نمی‌شود. در تبیین مفهوم وحدت و تعدد مطلوب، برخی (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ق، ج۲، ۵۲۷-۵۲۶) از ارتباط میان یک عمل و قیودات آن سخن گفته‌اند؛ به‌گونه‌ای که اگر انجام عمل بدون قیود آن مطلوبیت داشته باشد، رابطهٔ میان عمل یادشده و قیود آن از باب تعدد مطلوب است. طبیعتاً بر این اساس اگر انجام عمل

بدون قیود آن مطلوبیت نداشته باشد، رابطهٔ میان آن دو از باب وحدت مطلوب خواهد بود. درهرحال در مورد معیار وحدت و تعدد مطلوب و اینکه وحدت و تعدد مطلوب را چگونه می‌توان تشخیص داد و معیار آن چیست، باید گفت، با وجود جستجوی گسترده در کتب فقهی و حقوقی و به رغم تمسک فراوان به وحدت و تعدد مطلوب، مطالب پراکنده و اندکی در مورد معیار تشخیص آن مشاهده می‌شود. در این راستا برخی فقیهان (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج۶، ۲۲) در خصوص تبیین معیار تشخیص وحدت و تعدد مطلوب در عقود، از معیار نوعی سخن گفته، معتقدند که عرف عقلا در این زمینه تأثیرگذار است و ارادهٔ اشخاص نمی‌تواند برخلاف عرف عقلا تصمیم‌گیری کند. اشکالی که به این نظر وارد شده این است که عقود ماهیتاً ارادی بوده، تابع اراده متعاقدین محسوب می‌شوند و اشکالی به‌نظر نمی‌رسد که ارادهٔ اشخاص بتواند مواردی را که با مقتضای ذات عقد منافاتی ندارد و مخالف شرع و قانون نیز نباشد، تغییر دهد. برخی فقیهان (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج۲۲، ۷۰۵۶) نیز در خصوص وحدت و تعدد مطلوب، معیار را از نظر ثبوتی «قصد مطلوبیت به نحو وحدت یا تعدد» دانسته‌اند. به‌نظر می‌رسد نظر اخیر که به قصد طرفین توجه نموده، منطقی‌تر است. البته از نظر اثباتی توجه به عرف دارای اهمیت است و برای تشخیص مقصود اشخاص توجه به عرف راهگشاست. طبیعتاً اگر در مواردی بر اساس قواعد امری قانونی یا شرعی ارتباط میان دو شیء از باب وحدت یا تعدد مطلوب دانسته شود، ارادهٔ اشخاص یارای مخالفت با آن ر ا ندارد، زیرا حکومتِ ارادهٔ اشخاص مقید به رعایت قواعد امری است.

در خصوص رابطهٔ میان وحدت مطلوب و تعدد مطلوب با رکن بودن یا فرعی بودن نیز باید گفت، تقسیم امور به رکنی و فرعی با تقسیم آن‌ها به وحدت و تعدد مطلوب متفاوت است. لیکن تقسیم امور به امور رکنی و فرعی در تشخیص وحدت و تعدد مطلوب در مواردی تأثیرگذار است. توضیح اینکه امور رکنی اموری هستند که قوام یک شیء به وجود آن‌هاست، حال آنکه امور فرعی تشکیل‌دهندهٔ قوام شیء نیستند. درواقع آن‌گونه که برخی (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸، ج ۲، ۱۰۳۹) بیان کرده‌اند، از نظر فقهی رکن، امری است که وجود چیزی مبتنی و متوقف بر آن باشد. حال طبیعی است میان ارکان تشکیل‌دهندهٔ یک شیء رابطهٔ وحدت مطلوب برقرار باشد؛ یعنی درصورتی که همهٔ ارکان با یکدیگر باشند می‌توانند موجب تحقق شیء مطلوب گردند و اگر یکی از ارکان وجود نداشته باشد، مطلوب

حاصل نمی‌شود، زیرا وجود شیء مترتب بر وجود ارکان آن است. این درحالی است که اگر امور فرعی نباشند، خللی به وجود یک شیء وارد نمی‌گردد. البته این به آن معنا نیست که وحدت مطلوب فقط اختصاص به ارکان دارد، بلکه ممکن است در مواردی امور فرعی با توجه به شرایط یا ارادهٔ اشخاص در کنار ارکان، مطلوب واحد را تشکیل دهند. برای مثال انجام تعهد و زمان انجام تعهد دو مطلوب مختلف‌اند، ولی گاهی زمان اجرای تعهد بر اساس عرف یا ارادهٔ طرفین آن‌چنان اهمیت می‌یابد که همراه با تعهد، مطلوب واحد را تشکیل می‌دهد و تخلف از زمان اجرای تعهد می‌تواند در چنین حالتی اصل مطلوب را منتفی نماید.

درهرحال با توجه به آنچه گفته شد و همان‌گونه که از عبارات برخی فقیهان (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج۲۱، ۶۸۵۷-۶۷۵۸) استنباط می‌شود، رابطهٔ میان ارکان شیء و آن شیء از باب وحدت مطلوب است. در خصوص امور غیراساسی (غیررکنی) از نظر ثبوتی، ملاک تشخیص وحدت و تعدد، قصد اشخاص است، ولی از نظر عرفی به‌طور معمول امور فرعی از امور اصلی قابل تفکیک بوده، تعدد مطلوب را تشکیل می‌دهند. برای مثال در خصوص ارتباط شرط و عقد، در مواردی که شرط به ارکان عقد لطمه وارد نمی‌سازد، فساد شرط به عقد سرایت نمی‌کند و یکی از ادلهٔ مهم این مسئله آن است که عقد و شرط دو مطلوب مختلف هستند که بطلان شرط به‌خاطر فرعی بودنش، به عقد تسری پیدا نمی‌کند و به همین دلیل شرط عدم مهر در نکاح با اینکه شرطی نامشروع و باطل است، موجب بطلان قرارداد نکاح نمی‌شود (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج۲۲، ۷۰۵۷-۷۰۵۶). درهرحال به‌نظر می‌رسد اگر احراز گردد امری فرعی مانند شرط ضمن عقد در نظر طرفین اساسی بوده، همراه با عقد مطلوب واحد را تشکیل می‌دهد، دیگر تجزیهٔ آن از عقد امکان‌پذیر نیست و در صورت بطلان شرط، عقد نیز باطل خواهد بود. باید توجه داشت که گاهی اختلاف در تشخیص وحدت یا تعدد مطلوب میان فقیهان موجب اختلاف در حکم شده است. برای نمونه در مورد اینکه آیا بطلان شرط خیار در نکاح، بطلان اصل نکاح را به‌دنبال دارد یا خیر، برخی به استناد تعدد مطلوب، بطلان شرط را به نکاح تسری نداده‌اند، ولی برخی دیگر به استناد وحدت مطلوب، از بطلان شرط و عقد سخن گفته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج۱، ۱۳۶-۱۳۵). یکی دیگر از نمونه‌های ارتباط میان امور اصلی و فرعی با وحدت و تعدد

مطلوب می‌تواند بحث تطابق ایجاب و قبول از نظر شروط ضمن عقد باشد. درواقع بنابر نظر مشهور فقیهان عدم تطابق میان ایجاب و قبول در مورد شرط مانع تشکیل عقد دانسته شده است، ولی برخی فقیهان با استناد نقش فرعی شروط و اینکه شرطِ فاسد مفسدِ عقد نیست، عدم قبول شرط از سوی مخاطب ایجاب را مانع تشکیل قرارداد ندانسته، بلکه در این خصوص از پیدایش حق خیار برای ایجاب‌کننده سخن گفته‌اند (قبولی درافشان، ۱۳۹۱، ۳۰-۲۹). در دفاع از نظر اخیر از تحلیل حقوقیِ تفکیک میان مطلوب و مرتبهٔ مطلوب سخن به‌میان آمده و عقد به‌عنوان مطلوب مستقل و شرط نیز به‌عنوان مرتبهٔ مطلوب (که جدای از مطلوب اصلی است) دانسته شده و از تجزیهٔ ایجاب به دو مطلوب مختلف سخن گفته و ادعا شده است در صورت قبول ایجاب بدون شرط، خللی به تطابق ایجاب و قبول وارد نمی‌شود (ر.ک. محقق داماد، ۱۳۸۹، ج۲، ۷۴-۷۳).

حال در خصوص نکاح و مهریه اگر نکاح و مهریه نسبت به یکدیگر چنان ارتباطی داشته باشند که وجود یکی بدون دیگری (از لحاظ ارادهٔ شخص یا از نظر قانونی) مطلوب نباشد، رابطهٔ آن‌ها وحدت مطلوب خواهد بود، ولی چنانچه رابطهٔ آن‌ها چنان باشد که فقدان یکی موجب از بین رفتن مطلوبیت دیگری نشود، رابطهٔ آن‌ها از باب تعدد مطلوب است. در این خصوص به‌نظر می‌رسد رابطهٔ مهریه و نکاح از باب تعدد مطلوب است؛ به این نحو که عدم تعیین مهریه یا بطلان قرارداد مهر موجب بطلان و منتفی شدن اصل قرارداد نکاح نمی‌شود. رکن نبودن مهریه نسبت به نکاح می‌تواند این نظر را تقویت نماید. توضیح اینکه همان‌گونه که برخی (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج۵، ۲۶۸) ادعا کرده‌اند، در خصوص رکن نبودن مهریه در نکاح دائم، اتفاق نظر وجود دارد. در مقام تبیین اینکه مهریه رکن نکاح دائم نیست، برخی فقیهان (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج۱، ۹۳) معتقدند بهترین دلیل این است که اگر مهر در نکاح ذکر نشود، عقد نکاح باطل نیست و در نکاحِ دائم زوج و زوجه دو رکن نکاح محسوب می‌شوند.[۱] به همین دلیل برخی فقیهان (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج۲۶، ۲۲۹؛ اراکی، ۱۴۱۹ق، ۵۰۱) در نکاح دائم فساد مهر را موجب فساد کل عقد نکاح نمی‌دانند و حتی عبارات بسیاری از فقیهان

۱. گفتنی است، این فقیه ارجمند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج۱، ۹۳) به این نکته نیز اشاره دارد که اگر مهریه رکن نکاح دائم بود در صیغهٔ عربی به‌کاررفته برای آن باید گفته می‌شد «زوّجتک نفسی بالمهر المعلوم»، این درحالی است که در صیغهٔ عربی مرسوم عبارت «علی المهر المعلوم» به‌کار می‌رود. ایشان از این نکته نیز برای اینکه مهر جایگاه رکنی ندارد نیز استفاده نموده‌اند.

(انصاری، ۱۴۱۵ق، ۲۲۱؛ میرزای قمی، ۱۴۲۷ق، ج۲، ۹۳۵؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج۲۴، ۴۷۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج۸، ۲۰۲) دلالت بر این دارد که یکی از وجوه افتراق عقد منقطع و دائم را در این می‌دانند که مهریه در نکاح منقطع رکن عقد محسوب می‌شود، ولی در نکاح دائم، رکن به‌شمار نمی‌آید و از جایگاه عوض در قراردادهای معاوضی برخوردار نیست.

در هرحال به‌نظر می‌رسد، توجه به امور اساسی و فرعی و نیز وحدت و تعدد مطلوب برای تحلیل موضوعاتی چون تخلف نماینده از اختیارات خود می‌تواند مؤثر باشد که در قسمت‌های بعدی در موارد مقتضی از آن بهره گرفته خواهد شد.

۲. ضمانت اجرای تخلف از اختیارات مربوط به مَهر در نمایندگی قراردادی

قاعدهٔ عمومی در مورد تصرفات حقوقی این است که می‌توان آن را از راه وکالت انجام داد. قرارداد نکاح نیز از این قاعده مستثنی نیست. به دیگر سخن، در نکاح لازم نیست قرارداد با ارادهٔ خود طرفین انشا گردد، بلکه انشا و اظهار اراده می‌تواند از سوی وکیل هریک از طرفین صورت گیرد. این مسئله در فقه امامیه پذیرفته شده و به پیروی از آن در قانون مدنی ایران انعکاس یافته است. به‌موجب مادهٔ ۱۰۷۱ قانون مدنی «هر یک از زن و مرد می‌تواند برای عقد نکاح وکالت به غیر دهد». بر این اساس، وکالت مقید به مواردی نیست که شخص به عللی مانند جنگ و مسافرت و بیماری خود در مجلس عقد حضور ندارد، بلکه در صورت حضور و تمکن طرفین عقد از انشای نکاح با ارادهٔ خود نیز منعی در مورد توکیل غیر در این زمینه وجود ندارد. طبیعتاً هنگامی که قرارداد به وکالت منعقد می‌شود، وکیل باید در چارچوب اختیاراتی که به وی واگذار شده است اقدام نماید، زیرا خارج از چارچوب اختیارات، وی سمتی ندارد و مانند شخصی بیگانه به‌شمار می‌آید. ازاین‌رو تصرفات حقوقی خارج از حدود اختیار نیز ممکن است فضولی محسوب گردد. لیکن پرسش این است که آیا در نکاح، تخلف وکیل موجب فضولی شدن کلّ عقد می‌شود یا اینکه باید قرارداد را نسبت به میزانی که تخلف صورت گرفته است، فضولی دانست؟ به دیگر سخن، آیا می‌توان قرارداد نکاح را به اجزای مختلف تجزیه نمود و نسبت به برخی از آن فضولی بودن و درنتیجه حکم عدم نفوذ را جاری دانست و نسبت به قسمتی که وکیل مطابق اختیارات عمل نموده است از صحت عمل حقوقی سخن گفت؟ قانون‌گذار مدنی ایران در مادهٔ ۱۰۷۳ قانون مدنی به

تخلف وکیل از اختیارات خویش پرداخته و بدون هیچ‌گونه تفکیکی این‌گونه مقرر نموده است: «اگر وکیل از آن‌چه که موکّل راجع به شخص یا مَهر یا خصوصیّات دیگر معیّن کرده، تخلّف کند صحّت عقد متوقّف بر تنفیذ موکّل‌خواهد بود». همان‌گونه که ملاحظه می‌شود قانون‌گذار به تخلف وکیل راجع به شخص، مهر و خصوصیات مورد نظر موکل پرداخته و در مورد همه از عدم نفوذ قرارداد سخن گفته است. حال پرسش این است که آیا حکم ماده ناظر به موردی است که همهٔ آنچه در قرارداد آمده است مطلوب واحد را تشکیل می‌دهد یا اینکه تفاوتی میان وحدت و تعدد مطلوب در این زمینه وجود ندارد؟ همچنین آیا رکن بودن یا نبودن مهریه تأثیری در حکم یادشده داشته است یا خیر؟ به‌علاوه آیا حکم ماده از مبانی فقهی معتبری برخوردار است یا خیر؟ برای پاسخگویی به پرسش‌های یادشده شایسته است ابتدا موضوع از جنبهٔ فقه امامیه مورد بررسی استدلالی قرار گیرد، سپس حکم ماده از نظر دکترین حقوقی ایران نیز مطالعه شود.

۱,۲. تحلیل فقهی تخلف از حدود وکالت در عقد نکاح

با جستجو در آرای فقیهان امامی، دو نظر مختلف در خصوص تخلف وکیل از اختیارات خود در زمینهٔ مهریه دیده می‌شود. طبق یک نظر بدون تفکیک میان شرایطی که موکل برای وکیل تعیین نموده، تخلف وکیل موجب فضولی شدن قرارداد نکاح و توابع آن چون مهریه دانسته شده است. لیکن نظر دیگر این است که تخلف وکیل در زمینهٔ مهریه صرفاً موجب فضولی شدن مهریه می‌شود و اصل قرارداد نکاح را فضولی نمی‌گرداند. در ادامه ضمن تبیین نظریات یادشده، به تبیین ادله و نقد آن پرداخته می‌شود.

۱,۱,۲. نظریهٔ فضولی بودن نکاح در صورت تخلف وکیل در مورد مَهریه

گروهی از فقیهان (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج۲، ۸۶۹؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج۱۴، ۴۸۵؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ج۳۳، ۲۵۶؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق، ج۲، ۲۲۶؛ اراکی، ۱۴۱۹ق، ۳۱۷؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج۲۴، ۲۸۲) تعدی وکیل از إذنی را که به وی در تزویج شخص معیّن با مهریه معلوم و سایر خصوصیات داده شده است موجب فضولی شدن عقد نکاح دانسته و تفاوتی میان تخلف نسبت به خصوصیات مربوط به شخص و مهریه قائل نشده‌اند. برای نمونه، آن‌گونه که برخی فقیهان (علامه حلی، ۱۳۸۸، ۶۰۲) در خصوص

مهریه بیان داشته‌اند، اگر خانمی مهریه موردنظر خود را به وکیلش اعلام نمود، چنانچه وکیل عقد ازدواج را به کمتر از مهریه تعیین‌شده واقع سازد، عقد نکاح صحیح نخواهد بود و فضولی به‌شمار می‌آید. در مقام بیان دلیل بر این نظر گفته شده است (همان؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج۲۴، ۲۸۲)، توکیل بر امر معیّن بوده، به غیر آن تسری پیدا نمی‌کند و إذنی که داده شده است، عقد واقع‌شده را دربر نمی‌گیرد؛ حتی در این زمینه ادعا شده است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج۱۴، ۴۸۵) که هیچ اختلافی میان فقیهان وجود ندارد.

در موردی که مردی وکالت در تزویج می‌دهد و مهریه را مشخص می‌کند نیز گفته شده است (همان) چنانچه وکیل از میزان مهریه مقرر تجاوز نماید، عقد نکاح فضولی خواهد بود. در این مورد نیز به عدم شمول إذن استناد شده و با توجه به قاعدهٔ تسلیط، عقد بدون اجازه فاقد صحت دانسته شده است. شاید استناد به قاعدهٔ تسلیط از این نظر باشد که حق تصرف در اموال، فقط در اختیار مالک آن بوده، باقی حقی بر آن ندارند؛ مگر اینکه به آن‌ها إذنی داده شود که در آن صورت باید در حدود همان إذن عمل کنند. اینجا هم سلطه‌ای که به مال موکل پیدا کرده است در همان حد مجاز باید باشد و نمی‌تواند بیشتر از آن مقدار را مهریه قرار دهد.

حال پرسشی که در این قسمت مطرح می‌شود این است که آیا رویکرد پیش‌گفته و عدم تفکیک میان تخلف از مهر و تخلف مربوط به خود عقد نکاح این است که مهریه از ارکان عقد نکاح بوده است و نکاح نوعی معاوضه محسوب می‌شود که مهریه نقش عوض را در آن ایفا می‌نماید و به همین جهت تخلف از حدود اختیارات در مورد مهریه موجب فضولی شدن کل قرارداد نکاح می‌گردد؟ در پاسخ باید گفت، نگارندگان تصریحی نسبت به این مسئله در کلام طرف‌داران این نظریه نیافتند و در این زمینه اشاره‌ای به رکن بودن مهریه به‌عنوان دلیل نظریهٔ یادشده ملاحظه نگردید. ولی همان‌گونه که در ابتدای مقاله آمد، در فقه امامیه مهر رکن قرارداد نکاح دائم محسوب نمی‌شود. بنابراین به‌نظر می‌رسد نمی‌توان فرضیه یادشده را به‌راحتی پذیرفت، زیرا برخی از طرف‌داران این نظریه به‌صراحت مهریه را در عقد نکاح دائم از امور فرعی می‌دانند و رکن نکاح به‌شمار نمی‌آورند (ر.ک. طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج۱۴، ۱۰۸).

فرضیهٔ دیگری که در خصوص عدم تفکیک میان انواع مختلف تخلف وکیل (و اینکه هرگونه تخلفی از حدود اختیارات، موجب فضولی شدن عقد نکاح دانسته شده است) قابل طرح به‌نظر می‌رسد این است که در نظر قائلان به فضولی بودن نکاح به دلیل تخلف از مهریه، مجموعه شرایط تعیین‌شده برای وکیل مطلوب واحد را تشکیل می‌دهد. در این زمینه و در مقام تحلیل نظر مورد بررسی، برخی اندیشمندان فقهی (محقق داماد، بی‌تا، ۲۰۳-۲۰۴؛ سند، ۱۴۲۹ق، ج۲، ۹۳)، دلیل مسئله را بحث وحدت مطلوب دانسته‌اند. در این راستا بعضی (سند، ۱۴۲۹ق، ج۲، ۹۳) ادعا کرده‌اند که در مورد شروط و قیود وکالت و موضوع آن، ظاهر بر وحدت مطلوب است؛ مگر اینکه قرینه‌ای برخلاف آن وجود داشته باشد. برخی فقیهان (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج۱۲، ۲۳؛ همچنین ر.ک. حائری، ۱۳۸۰، ۲۸) نیز به نحو مطلق معتقدند چه در وکالت و چه در غیر آن، شروط و قیود از باب وحدت مطلوب است. عبارات بعضی فقیهان در این زمینه مؤید این ادعا است. توضیح اینکه برخی فقیهان (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج۳۳، ۲۵۶) در مقام تعلیل فضولی بودن نکاح در صورت تخلف وکیل از اختیارات راجع به شخص، وصف و مهریه و مانند آن، این‌گونه بیان داشته‌اند (همان) که فضولی بودن نکاح به این دلیل است که آنچه موکل در مورد آن، اقدام به توکیل نموده، در خارج واقع نشده و آنچه از جانب وکیل واقع شده، وی در آن وکیل نبوده است. طبیعی است هنگامی می‌توان ادعا کرد که در همهٔ حالات مختلف، آنچه واقع شده، شخص در آن وکیل نبوده است که همهٔ شرایط تعیین‌شده، مطلوب واحد را تشکیل دهد.

اشکال استدلال یادشده در ادعای مطلقی است که در آن مطرح گردیده است. توضیح اینکه ظهور ادعاشده در این نظر بدون تفکیک میان امور فرعی و اصلی محل تأمل و اشکال است؛ ضمن اینکه دلیلی نیز بر این ظهور ارائه نشده است. طبیعتاً با تبیین نظریهٔ تفکیک میان وحدت و تعدد مطلوب این اشکال بیشتر تقویت خواهد شد.

فرضیهٔ دیگری که ممکن است مطرح شود این است که آیا ماهیت مهریه از این نظر که التزام زوج به تأدیهٔ مهریه مبتنی بر حکم قانون است یا ناشی از تراضی و توافق ارادهٔ زوجین، در فضولی دانستن نکاح و مهریه تأثیر دارد یا خیر؟

هرچند در کلام قائلان به نظریهٔ فضولی دانستن نکاح و مهریه، چنین تحلیلی به‌صراحت مشاهده نمی‌شود، لیکن در تحلیل این موضوع می‌توان این‌گونه بیان داشت که از سویی

نمی‌توان اصل لزوم مهریه را برای نکاح دائم صرفاً مبتنی بر توافق زوجین دانست. زیرا درصورتی که مبنای مهریه صرفاً توافق طرفین باشد، توافق بر عدم مهر باید صحیح به‌شمار آید و در صورت عدم ذکر مهر، مهریه‌ای به زوجه تعلق نگیرد. حال آنکه در فقه امامی و به تبع در قانون مدنی ایران چنین امری مورد پذیرش نیست. لیکن تردیدی هم نیست که مهرالمسمی و تعیین آن با طرفین قرارداد نکاح است؛ هرچند اگر در این زمینه توافقی وجود نداشته باشد، به حکم شرع تکلیف مهریه (مهرالمثل یا در مواردی مهرالمتعه) مشخص می‌شود. حال پرسش این است که آیا می‌توان با توجه به این تحلیل از نظریهٔ عدم نفوذ نکاح و مهر در صورت تخلف از اختیارات راجع به مهریه سخن گفت؟ به نظر نگارندگان، پاسخ منفی است، زیرا با توجه به فرعی بودن مهریه در نکاح، امکان تجزیهٔ مهریه از نکاح دائم وجود دارد؛ چنان‌که بطلان مهریه موجب عدم نفوذ یا بطلان قرارداد نکاح نمی‌شود. درواقع وجود اشکال در فرعیات نمی‌تواند به امور اصلی لطمه وارد کند و اشکالی به‌نظر نمی‌رسد که نکاح و مهریه را از یکدیگر تجزیه نمود. حتی اگر برای مهریه ماهیت قراردادی درنظر گرفته شود، مهریه تابع و وابسته به قرارداد نکاح است، ولی نکاح تابع آن محسوب نمی‌شود و به همین دلیل نیز خلل در مهریه یا تخلف نسبت به آن نباید موجب خلل به عقد نکاح گردد.

۲،۱،۲. نظریهٔ اختصاص فضولی بودن به مَهریه و عدم تسری به عقد نکاح

نظریهٔ دیگری که هرچند بسیار اندک میان فقیهان دیده می‌شود، این است که تخلف وکیل از اختیارات خویش نسبت به مهریه، موجب فضولی بودن اصل نکاح نمی‌گردد. در این راستا از عبارات برخی فقیهان (جوادی آملی، ۱۳۹۵) استنباط می‌شود که اگر وکیل نسبت به اختیارات مربوط به مهریه تخلف کند، نمی‌توان از فضولی بودن اصل عقد نکاح سخن گفت. دلیل ایشان این است که مهر رکن عقد شمرده نمی‌شود. توضیح اینکه به اعتقاد ایشان (همان) در مواردی که وکیل از مسائل اساسی که رکن محسوب می‌شود تخلف می‌کند، اصل قرارداد فضولی خواهد بود. برای نمونه چنانچه وکیل از اختیارات خویش در مورد ثمن در عقد بیع تخلف نماید، عقد بیع فضولی خواهد بود، زیرا ثمن از ارکان بیع به‌شمار می‌آید. لیکن در مواردی که تخلف ناظر به موارد اصلی و ارکان نیست، نباید از فضولی بودن اصل قرارداد سخن گفت. به همین دلیل با توجه به اینکه در نظر ایشان مهریه نه در عقد دائم و

نه در نکاح منقطع رکن عقد شمرده نمی‌شود، تخلف از آن موجب می‌گردد که فقط مهر فضولی باشد و کمبود یا زیادت آن نسبت به مهرالمثل، پس از عقد قابل اصلاح خواهد بود.

در این نظریه هر نوع تخلفی باعث فضولی شدن عقد نکاح نمی‌شود، بلکه فقط تخلف در ارکان عقد، باعث فضولی شدن اصل عقد می‌شود.

در تحلیل نظریهٔ پیش‌گفته باید به سه نکته توجه داشت؛ نخست اینکه به‌نظر می‌رسد اصل تحلیل قابل دفاع است و تفکیک میان ارکان و موارد غیررکن صحیح است. درواقع تخلف از ارکان همیشه با ضمانت اجرای سنگین‌تری روبرو است و موجب می‌شود آنچه واقع شده با آنچه مورد نظر موکل بوده است کاملاً متفاوت باشد و ازآنجا که ارکان قابل تفکیک از نکاح نیست، طبیعی است در این مورد باید از عدم نفوذ کل قرارداد سخن گفت. ولی در مواردی که مسائلی جزء ارکان تشکیل‌دهنده قرارداد شمرده نمی‌شود، تفکیک آن از اصل عقد و درنظر گرفتن حق فسخ برای موکل یا سایر ضمانت‌های اجرایی که خفیف‌تر از عدم نفوذ محسوب می‌شود مناسب‌تر به‌نظر می‌رسد.

نکتهٔ دوم این است که در نظریهٔ یادشده مهر در هر دو نوع نکاح دائم و منقطع رکن دانسته نشده و این درحالی است که به‌نظر می‌رسد باید میان نکاح دائم و موقت تفکیک قائل شد. توضیح اینکه رکن نبودن مهر در نکاح دائم قابل تأیید است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج۷، ۱۵۵)، زیرا در صورت عدم تعیین مهر در نکاح دائم (تفویض بضع)، خللی به صحت عقد وارد نمی‌شود (صفایی و امامی، ۱۳۸۵، ج۱، ۱۸۱؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۷۳؛ ابن جنید، ۱۴۱۶ق، ۲۵۴؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج۴، ۲۹۴؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج۱۲، ۲۱؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ۲۲۰) و علم اجمالی به مهر نیز صدمه‌ای به قرارداد راجع به مهر وارد نمی‌سازد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج۳۱، ۱۸؛ کاتوزیان، ۱۳۹۴، ۶۵۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ۱۲۶)؛ همچنان‌که تفویض مهر در عقد ازدواج دائم پذیرفته شده است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج۴، ۳۸۱؛ طباطبایی، ۱۴۰۹ق، ج۲، ۳۸۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج۳۱، ۶۶؛ صفایی و امامی، ۱۳۸۵، ج۱، ۱۸۴). این درحالی است که عدم تعیین مهر در نکاح منقطع موجب بطلان عقد نکاح است (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج۱۳، ۱۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ۱۴۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج۱، ۱۶۰). بنابراین نظریهٔ پیش‌گفته از این جنبه که میان مهر در نکاح دائم و منقطع تفکیک نکرده است، قابل انتقاد به‌نظر می‌رسد.

نکتهٔ سومِ قابل بررسی در تحلیل این نظر این است که آیا ارتباطی میان تفکیک امور اساسی از امور غیراساسی و تفکیک وحدت و تعدد مطلوب وجود دارد؟ آیا می‌توان تفکیک میان امور اساسی و غیراساسی را مرتبط با تشخیص وحدت یا تعدد مطلوب دانست؟ درواقع آیا می‌توان گفت رابطهٔ میان ارکان یک عقد، رابطهٔ وحدت مطلوب است و خلل به هر رکن موجب می‌گردد مجموعهٔ عقد دچار خلل شود، ولی امور غیررکنی نسبت به اصل عقد مطلوب دیگری را تشکیل می‌دهد که خلل به امور غیراساسی یادشده به اصل عقد لطمه‌ای وارد نمی‌کند؟

در پاسخ باید گفت، همان‌گونه که در ابتدای مقاله بیان گردید و نیز از عبارات برخی فقیهان (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج۲۱، ۶۸۵۷-۶۷۵۸) استنباط می‌شود، رابطهٔ میان ارکان شیء و آن شیء از باب وحدت مطلوب است. در خصوص امور غیراساسی از نظر ثبوتی ملاک تشخیص وحدت و تعدد، قصد اشخاص است، ولی از نظر عرفی به‌طور معمول امور فرعی از امور اصلی قابل تفکیک بوده، تعدد مطلوب را تشکیل می‌دهند. بر این اساس و با توجه به اینکه مهر نسبت به نکاح از امور رکنی محسوب نمی‌شود و مانند عوض در قراردادهای معاوضی نبوده و رکن قرارداد را تشکیل نمی‌دهد، می‌توان در تحلیل نظریهٔ پیش‌گفته از این منظر نیز به موضوع نگاه کرد و در تحلیل تخلف نماینده از اختیارات خود از آن استفاده نمود.

۲,۲. تحلیل حقوقی تخلّف از موارد مورد وکالت در عقد نکاح

از نظر حقوقی نیز دو نظریهٔ فضولی بودن نکاح و نظریهٔ اختصاص فضولی بودن به مهریه و عدم تسری آن به اصل نکاح به‌چشم می‌خورد که در ادامه ضمن تبیین نظریات، نقد و بررسی خواهند شد.

۱,۲,۲. نظریهٔ فضولی بودن نکاح

برخی از حقوق‌دانان (امامی، ۱۳۷۷، ۴۱۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج۱، ۶۶-۶۵؛ مدنی، ۱۳۸۵، ۲۰۹-۲۱۰؛ شیروی، ۱۳۹۵، ۸۱؛ حائری شاهباغ، ۱۳۸۲، ج۲، ۹۳۵-۹۳۳) به استناد مادهٔ ۱۰۷۳ قانون مدنی و بدون تحلیل حکم مندرج در ماده، بر اساس آن از فضولی بودن و

غیرنافذ بودن نکاح در فرضی که وکیل از اختیارات خویش تجاوز نموده باشد، سخن گفته‌اند.

برخی دیگر از حقوق‌دانان (صفایی و امامی، ۱۳۸۶، ۵۶؛ همان، ۱۳۸۵، ج۱، ۵۵-۵۶) ضمن ورود به تحلیل مسئله، با پیروی از نظریات برخی فقیهان امامی، در خصوص تخلف وکیل از اختیارات خود در مورد مهر، معتقدند نکاح از این نظر فضولی است که إذن داده‌شده به وکیل، این‌گونه نکاح را شامل نمی‌شود و درنتیجه قرارداد نکاح فضولی و غیر نافذ است. درواقع این دسته از حقوق‌دانان در مقام تحلیل حکم مادهٔ ۱۰۷۳ قانون مدنی، اختیارات وکیل را در عقد نکاح از باب وحدت مطلوب دانسته، تفکیکی میان ارکان و غیر ارکان قائل نیستند (ر.ک. محقق داماد، بی‌تا، ۲۰۴). به همین دلیل ایشان تخلف از مواردی چون مهریه را نیز موجب فضولی شدن کل نکاح به‌شمار آورده‌اند و استدلال‌های مطرح از سوی این گروه نیز بیش از استدلال‌هایی که از جانب فقیهان امامی مطرح شده است، نیست.

۲،۲،۲. نظریهٔ اختصاص فضولی بودن به مهریه

برخی حقوق‌دانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ۱۱۶-۱۱۵) در مقام تفسیر مادهٔ ۱۰۷۳ قانون مدنی، معتقدند چنانچه وکیل از اختیارات مربوط به مهر تجاوز نماید، فقط قرارداد مهر غیر نافذ است و به قرارداد نکاح لطمه‌ای وارد نمی‌شود. به اعتقاد ایشان در مورد قرارداد مهر نیز چنانچه موکل قرارداد مهر را به دلیل تخلف وکیل رد کند، مانند حالتی خواهد بود که در قرارداد نکاح مهریه تعیین نشده است و در چنین فرضی حکم مادهٔ ۱۰۸۷ قانون مدنی جاری خواهد بود. به موجب این ماده «اگر در نکاح دائم مهر ذکر نشده یا عدم مهر شرط شده باشد نکاح صحیح است و طرفین می‌توانند بعد از عقد مهر را به تراضی معیّن کنند و اگر قبل از تراضی بر مهر معیّن بین آنها نزدیکی واقع شود زوجه مستحق مهرالمثل خواهد بود». حال چنانچه مهرالمثل از میزان مهری که از سوی موکل تعیین شده است، کمتر باشد، با توجه به تخلف وکیل، وی بر اساس مادهٔ ۶۶۶ قانون مدنی مسئول خسارتی است که از این رهگذر به موکل وارد آمده است (همان). البته ممکن است این اشکال مطرح شود که موجب استحقاق مهرالمثل فقط تخلف وکیل از حدود إذن نیست، بلکه عدم تنفیذ مهر از سوی موکل و وقوع نزدیکی با وجود ردّ مهر و عدم تعیین مهر موجب استحقاق مهرالمثل است. در پاسخ به‌نظر می‌رسد درصورتی که موکل، زوجه باشد و مهریه که وکیل باید تعیین می‌نمود

بیشتر از مهرالمثل باشد، محرومیت زوجه نسبت به مابه‌التفاوت دو مهریهٔ یادشده، خسارتی است که عرف آن را منتسب به وکیل می‌داند و از این نظر باید وکیل را مسئول به‌شمار آورد. لیکن در نقد این نظر ممکن است گفته شود در اینجا موجبی برای ضمان وکیل وجود ندارد، زیرا سبب تحقق مهرالمثل، وقوع نزدیکی قبل از تعیین مهر بوده و وکیل در این مورد تقصیری نداشته است تا مسئولیتی هم متوجهٔ او باشد. اصل برائت ذمه نیز می‌تواند مؤید عدم ضمان وکیل باشد. درهرحال به اعتقاد این حقوق‌دان (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ۱۱۶) در موردی که موکل، زوجه بوده و وکیل مهریه‌ای بیش از میزان مقرر از جانب موکل را برقرار نموده باشد، موکل می‌تواند مقدار زائد را رد نماید و دیگر مسئلهٔ مهرالمثل مطرح نمی‌شود.

به‌نظر می‌رسد تحلیل این حقوق‌دانان ناظر به مواردی است که میان اختیارات وکیل راجع به مهر و اصل نکاح تعدد مطلوب برقرار باشد و به‌ظاهر، قاعدهٔ اولیه در این باب نیز تعدد مطلوب است و به همین دلیل از غیرنافذ بودن مهر- و نه نکاح- سخن گفته‌اند.

در مقام جمع‌بندی نظریات و دیدگاه‌های یادشده، به‌نظر می‌رسد باید حل مسئله بر اساس تحلیل ارادهٔ وکیل و موکل در انعقاد قرارداد وکالت جستجو گردد. زیرا در فرض تجاوز از حدود اختیارات، ضمانت اجرایی که برقرار می‌شود برای حفظ حقوق موکل است و باید با تخلفی که رخ داده است متناسب باشد. در این راستا طبیعتاً در مواردی که مقصود موکل از تعیین چارچوب‌های مختلف در قرارداد وکالت، وحدت مطلوب بوده است، خارج شدن از چارچوب یادشده درهرحال موجب می‌شود میان آنچه وکیل منعقد نموده و آنچه خواست موکل بوده است، مغایرت کامل تحقق یابد. لیکن چنانچه مقصود موکل مطلوب‌های متعدد و قابل تجزیه بوده باشد، ضمانت اجرای تخلف متفاوت بوده و حداقل در مواردی که تخلف در امور فرعی و قابل تجزیه از اصل قرارداد نکاح است می‌توان فضولی بودن را محدود به همان موارد تخلف دانست و اصل قرارداد نکاح را صحیح و نافذ به‌شمار آورد. بنابراین به‌نظر می‌رسد از سویی باید میان وحدت و تعدد مطلوب تفکیک نمود و از سوی دیگر میان موارد اساسی و فرعی تمایز قائل شد. طبیعتاً در مواردی که احراز گردد حتی امور فرعی نیز از نظر موکل دارای اهمیت اساسی بوده است در مورد تخلف از امور فرعی یادشده و با استناد به

وحدت مطلوب می‌توان دیدگاه غالب فقیهان و حقوق‌دانان را که از غیرنافذ بودن کل قرارداد نکاح سخن گفته‌اند تأیید کرد. ولی در مواردی که با تحلیل ارادهٔ موکل، به تعدد مطلوب‌ها برخورد می‌کنیم، هنگامی می‌توان قرارداد نکاح را غیر نافذ تلقی نمود که تخلف در مورد امور اساسی رخ داده باشد. به دیگر سخن در مورد تخلف‌های غیراساسی باید به ضمانت اجراهای خفیف‌تر از عدم نفوذ کل قرارداد پناه برد. اگر قرار به بررسی مصداقی باشد، تخلف از اوصاف غیراساسی شخص طرف قرارداد نکاح یا تخلف از مهریه می‌تواند از مواردی باشد که ضمانت اجرایی خفیف‌تر از عدم نفوذ در مورد آن کارایی بیشتری دارد. در مورد تخلف از اوصاف فرعی که طرفین در قرارداد نکاح شرط می‌کنند، خود قانون‌گذار نیز با انعطاف برخورد نموده، به موجب مادهٔ ۱۱۲۸ قانون مدنی از قابلیت فسخ قرارداد- نه عدم نفوذ یا بطلان- سخن گفته است. به موجب مادهٔ یادشده: «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد». حال وقتی که اوصافی از سوی خود طرفین قرارداد نکاح مورد توافق قرار می‌گیرد و پس از انعقاد قرارداد مشخص می‌شود که اوصاف یادشده وجود نداشته، قانون‌گذار از حق فسخ سخن گفته و در مورد تخلفات فرعی با انعطاف برخورد نموده است؛ پس چرا در مورد تخلف وکیل در مواردی که بحث تعدد مطلوب است و تخلف در مورد اوصاف فرعی رخ داده است، از ضمانت اجرای حق فسخ سخن به‌میان نیاید؟ در مورد مهریه نیز همان‌گونه که بیان شد، خالی بودن نکاح از مهریه در نکاح دائم خللی به صحت عقد نکاح وارد نمی‌کند، حال چرا در موارد تعدد مطلوب و تخلف وکیل از مهریهٔ مقرر، از عدم نفوذ خود نکاح سخن گفته شود و از عدم نفوذ مهر به‌تنهایی سخن به‌میان نیاید؟! طبیعی است اگر از تخلف وکیل ضرری نیز متوجهٔ موکل گردد، می‌توان از ضمانت اجرای لزوم جبران خسارت بر اساس مبانی مختلف فقهی و حقوقی مانند قاعدهٔ نفی ضرر و سایر موجبات ضمان قهری و قراردادی نیز سخن گفت. درهرحال به‌نظر می‌رسد توجه به نکات یادشده در اصلاح مقررات مدنی بایسته است.

۳. ضمانت اجرای تخلف اولیای عقد نکاح از اختیارات مربوط به مَهر

برای تبیین ضمانت اجرای تخلف نمایندگان قانونی و قضایی در خصوص مهریه در نکاح دائم، ابتدا مسئله از نظر فقهی بررسی می‌شود، سپس موضوع از بُعد حقوقی مطالعه خواهد شد.

۱,۳. ضمانت اجرای تخلف اولیای عقد از اختیارات از نظر فقهی

برخی فقیهان (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج۲۳، ۲۰۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج۲، ۸۶۳؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج۱۲، ۹۲) در قسمت اولیای عقد در نکاح از پدر، جدّ پدری، مولی، وصی و حاکم سخن گفته‌اند و برخی دیگر از فقیهان (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج۳۳، ۱۹۸) ادعا کرده‌اند که از نظر فقه امامی تردیدی وجود ندارد که اشخاص یادشده فی‌الجمله در مواردی دارای نمایندگی و ولایت در نکاح هستند. درعین‌حال با بررسی موضوع در میان فقیهان امامی این مسئله به‌نظر می‌رسد که برخی از آنان (خمینی، ۱۴۲۵ق، ج۲، ۲۵۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج۲۹، ۱۸۹؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج۷، ۱۴۸) ولایت وصی در نکاح را در مواردی پذیرا نیستند. در مورد پدر و جدّ پدری نیز آنچه از نظر فقهی (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج۲، ۸۶۴؛ خمینی، ۱۴۲۵ق، ج۲، ۲۵۴) مسلّم است اینست که ولیّ قهری در مورد ازدواج پسر صغیر و نیز دختر صغیره و نیز مجنون (در صورت متصل بودن جنون به صغر) دارای ولایت است، ولی در مورد ولایت ولیّ قهری نسبت به دختر بالغ باکره اختلاف وجود دارد. برخی فقیهان (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج۲، ۲۲۲) اجازهٔ ولیّ قهری را لازم نمی‌دانند اما برخی دیگر (خمینی، ۱۴۲۵ق، ج۲، ۲۵۴؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج۲، ۸۶۴) اجازه را لازم می‌دانند.

طبیعتاً در مواردی که ولایت مورد پذیرش قرار نگیرد، مسئلهٔ تخلف از اختیار از سوی ولی نیز منتفی است. حال برای اینکه موضوع به صورت دقیق‌تر تبیین شود، در ادامه ابتدا به بررسی موضوع در خصوص نکاح منعقدشده از جانب صغیر و صغیره پرداخته می‌شود. سپس از ولایت در خصوص مجنون سخن به‌میان می‌آید و درنهایت از وضعیت ولایت در نکاح رشیدهٔ باکره سخن گفته خواهد شد.

۱،۱،۳. ولایت در نکاح صغیر و صغیره

حال یکی از پرسش‌های قابل مطرح این است که اگر اولیای عقد در مواردی که ولایت ایشان در نکاح پذیرفته شده است، در تعیین مهریه مصلحت را رعایت نکنند، چه ضمانت اجرایی دارد؟ آیا قرارداد نکاح و مهریه صحیح است یا اینکه باید هم قرارداد نکاح و هم مهر را باطل یا غیر نافذ دانست یا اینکه فقط باید از عدم نفوذ قرارداد مهر سخن گفت؟ با بررسی نگارندگان در کتب فقهی امامیه، فقیهان در مورد پدر و جدّ پدری متعرض مسئله شده و به بررسی آن پرداخته‌اند و بحث مستقلی که به بررسی تخلف سایر اولیا در این زمینه پرداخته باشد مشاهده نمی‌شود (برای نمونه، ر.ک. همان، ۱۴۰۹ق، ج۲، ۸۷۶-۸۶۳؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ۲۰۵-۱۰۷). البته به‌ندرت در لابه‌لای برخی کتب فقهی (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۷۲) در مقام تفکیک میان ولایت حاکم و ولایت ولیّ قهری از محدودتر بودن اختیارات حاکم سخن گفته شده و تخلف وی در زمینهٔ مهریه موجب عدم نفوذ کل قرارداد به‌شمار آمده است. بنابراین در این قسمت نیز به بررسی مسئله در خصوص پدر و جدّ پدری پرداخته می‌شود و با توجه به نتیجهٔ حاصله و مبانی فقهی در خصوص سایر اولیای عقد نیز اظهار نظر خواهد شد.

در این خصوص در موردی که ولیّ دختر، وی را به کمتر از مهرالمثل تزویج نموده باشد، برخی فقیهان (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج۴، ۳۹۲) اعتقاد به صحت قرارداد نکاح و مهر دارند و ادله‌ای را در این زمینه مطرح می‌نمایند ازجمله اینکه قدر متیقن وجوب پرداخت مهریه، همان مهریهٔ یادشده در عقد است و کسی که ادعا می‌کند باید در این حالت مهرالمثل پرداخت شود و آن را واجب می‌داند، باید برای نظر خود دلیل اقامه نماید. به‌علاوه به عموم آیهٔ ۲۳۷ سورهٔ مبارکه بقره استناد شده که بر اساس آن در صورت طلاق قبل از مباشرت باید نیمی از مهرالمسمی داده شود و میان اینکه مهرالمسمی پایین‌تر یا مساوی یا بیشتر از مهرالمثل باشد تفکیکی نشده است. همچنین به روایتی استناد شده (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج۴، ۳۹۲) که به موجب آن از لزوم پرداخت مهریه‌ای که با توافق اشخاص صلاحیت‌دار در تزویج تعیین گردیده، سخن به‌میان آمده است. به این نکته نیز استناد نموده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج۴، ۳۹۲) که پیامبر (ص) دختران خویش را با مهریهٔ پانصد درهم به تزویج در آورده‌اند؛ حال آنکه مهرالمثل دختران ایشان بیشتر از این مقدار بوده است. فارغ از اینکه آیا ادلهٔ یادشده توان اثبات مدعا را دارد یا ندارد، برخی فقیهان (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج۲،

۴۰) معتقدند که دلیل اصلی این نظر را باید در مسئلهٔ لزوم یا عدم لزوم رعایت مصلحت از جانب ولی جستجو نمود. به اعتقاد ایشان، اینکه شخصی مانند شیخ طوسی چنین نظری داده‌اند بر این مبنا استوار است که ایشان لزوم رعایت مصلحت را بر ولیّ صغیر شرط نمی‌دانند و ولایت پدر را مثل ولایت مولی بر عبد به‌شمار می‌آورند. بنابراین ازآنجا که مسئلهٔ موردبحث ناظر به مواردی است که مصلحت شرط باشد، ارتباطی به مسئلهٔ وحدت و تعدد مطلوب نخواهد داشت و باید به بررسی سایر نظریات پرداخت. زیرا هنگامی که مصلحت شرط دانسته نشود، اختیارات ولی فراوان بوده و مسئلهٔ تخلف وی مطرح نمی‌شود تا برای باطل دانستن مهر و عقد یا صحیح دانستن عقد و بطلان مهر به وحدت یا تعدد مطلوب استناد نمود یا بتوان وحدت و تعدد مطلوب را مبنای فتوا دانست.

گفتنی است در مواردی که ولی، دختر صغیر خویش را بنابر مصالحی به شخصی که هم‌کفو وی است به کمتر از مهرالمثل تزویج می‌نماید، برخی فقیهان (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۶۹؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۱ق، ج۱، ۸۹) عقد و مهر را صحیح به‌شمار می‌آورند و معتقدند چنانچه مصلحت مولّی‌علیه ایجاب نماید، در امور مالی ولی می‌تواند ذمهٔ ثالث نسبت به مولّی‌علیه را ابراء نماید و ازاین‌رو در قراردادن مهرالمسمایی کمتر از مهرالمثل به طریق اولی دارای چنین اختیاری است.

۱,۱,۱,۳. عدم نفوذ یا حق فسخ قرارداد نکاح و مَهر به‌عنوان ضمانت اجرا

برخی فقیهان (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج۲، ۴۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج۲، ۸۶۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج۲۹، ۱۹۹–۱۹۸؛ فرطوسی حویزی، ۱۴۱۶ق، ۲۰۲) عدم رعایت مصلحت در تعیین مهر از سوی ولی را موجب بطلان (عدم نفوذ)[۱]عقد و مهر دانسته و برخی دیگر

۱. در اینجا مقصود از بطلان عدم نفوذ دانسته شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج۲، ۸۶۶). گفتنی است گاهی بطلان دارای معنایی عام است که اعم از بطلان به معنای خاص و عدم نفوذ به معنای خاص است. درواقع بطلان به معنی خاص وضعیتی است که عمل حقوقی به خاطر فقدان یا نقص در برخی شرایط اساسی بی‌اثر است و امکان تصحیح آن از راه لحوق رضا و رفع نقص نیست، ولی عدم نفوذ در موردی به‌کار می‌رود که عمل حقوقی فاقد اثر بوده، ولی امکان رفع نقص و تنفیذ آن وجود داشته باشد. در مورد عمل حقوقی که ولی برخلاف مصلحت انجام داده است، برخی فقیهان (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶ق، ج۲، ۴۱۰؛ خمینی، ۱۴۰۴ق، ۱۹۸؛ خمینی، ۱۴۲۵ق، ج۲، ۲۵۵؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ۱۰۷) ضمن باطل دانستن آن تصریح نموده‌اند که مقصود عدم نفوذ و توقف عمل بر اجازه (برای مثال، اجازهٔ صغیر بعد از بلوغ) است. طبیعتاً در اینجا نیز مقصود از بطلان، معنای عام آن است.

(شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج۱۲، ۴۱۹۷-۴۱۹۶) از پیدایش حق فسخ نسبت به قرارداد نکاح و مهر سخن گفته‌اند.

مهم‌ترین دلایلی که برخی از پیروان این نظریات (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج۲، ۴۱؛ همان، ۱۴۲۵ق، ۳۰۹؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج۱۲، ۴۱۹۶) ارائه نموده‌اند، از سویی مسئلهٔ وحدت مطلوب میان عقد نکاح و مهر است و از سوی دیگر استناد به قاعدهٔ نفی ضرر که در ادامه به تبیین و نقد آن پرداخته می‌شود.

الف) وحدت مطلوب میان عقد و مَهر

به اعتقاد برخی فقیهان (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج۲، ۴۱) چنانچه در معاملات و عبادات قید و مقیدی وجود داشته باشد، ظاهر این است که قید و مقید از باب وحدت مطلوب بوده و با یکدیگر مطلوب واحدی را تشکیل می‌دهند که قابل جدا شدن نیست. به اعتقاد ایشان تعدد مطلوب نیازمند دلیل است و در صورتی می‌توان از تعدد مطلوب سخن گفت که جدایی میان قید و مقید از قرائن استنباط گردد. حال با توجه به ادعای یادشده، این ادعا نیز مطرح می‌شود (همان) که در رابطهٔ میان عقد نکاح و مهریه نیز رابطهٔ وحدت مطلوب جاری است و چنانچه مهریه به دلیل تخلف ولی و عدم رعایت مصلحت باطل گردد، نکاح نیز باطل خواهد بود. به دیگر سخن، بطلان مهریه به نکاح نیز تسری می‌یابد. برخی دیگر از فقیهان (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج۳۳، ۲۳۲) در این زمینه از تعبیر وحدت مطلوب استفاده نکرده، بلکه برای تبیین بطلان عقد و مهر این‌گونه استدلال نموده‌اند که مُنشأ «تزویج مطلق» نبوده، بلکه «تزویج مقید به مقدار معین از مهر» بوده است. درواقع با منتفی شدن قید (مهر تعیین‌شده)، مقید (تزویج) نیز منتفی می‌گردد و آن‌گونه که برخی دیگر (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج۱، ۲۱۴) بیان داشته‌اند، تفکیک میان عقد و مهر با توجه به اینکه مُنشأ، یک امر بیشتر نبوده، نیاز به دلیل دارد و به تعبیر برخی فقیهان (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج۱۲، ۴۱۹۶) مقصود این است که عرف، نکاح و مهریه را دو انشا و جعل مختلف تلقی نمی‌نماید و آن را به‌مثابهٔ مطلوبی واحد به‌شمار می‌آورد. به نظر نگارندگان اینکه قید و مقید امر واحدی را تشکیل می‌دهد می‌تواند تعبیر دیگری از وحدت مطلوب یا حداقل مفهومی نزدیک به آن باشد.

در نقد استدلال‌های یادشده به‌نظر می‌رسد با توجه به اینکه در نکاح دائم مهریه جنبهٔ اصلی ندارد و همچون عوض در معاوضات شمرده نمی‌شود نمی‌توان گفت از نظر عرفی و ظاهر امر، این دو مطلوب واحدی را تشکیل می‌دهند، بلکه بر اساس ظاهر، عقد نکاح و مهریه دو جعل متفاوت محسوب شده، نمی‌توان آن دو را جعل و انشای واحد و غیرقابل تجزیه به‌شمار آورد (جوادی آملی، ۱۳۹۵). بنابراین می‌توان ادعا کرد که میان حالتی که ولیّ کودک به نمایندگی از وی کالایی را بدون رعایت مصلحت کودک با ثمن بیشتر خریداری می‌کند و موردی که ولیّ کودک (پسر) بدون رعایت مصلحت، وی را با مهریه‌ای گزاف تزویج می‌کند، تفاوت وجود دارد. توضیح اینکه در حالت نخست، ثمن رکن و از امور اصلی بیع است و امکان تفکیک وجود ندارد، اما در نکاحْ مهریه از امور فرعی عقد محسوب شده، امکان اصلاح آن به‌وسیلهٔ خود مولّی‌علیه یا سرپرست او وجود دارد؛ پس برخلاف نظری که اصل را وحدت مطلوب قرار می‌داد، به‌نظر می‌رسد در امور فرعی چون به ارکان عقد ضربه وارد نمی‌شود و تغییر اساسی در آن ایجاد نمی‌کند باید ظاهر را بر تعدد مطلوب گذاشته، از آن باب به قضیه نگریست. پس به‌نظر می‌رسد تفسیر بطلان عقد به دلیل وحدت مطلوب مناسب نباشد.

شایان ذکر است که برخی فقیهان با اینکه انشای نکاح و مهر را امر واحدی می‌دانند، در مسئلهٔ اخیر معتقدند، تفکیک میان نکاح و مهریه از حکم شارع استنباط می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۷۳-۱۷۲). توضیح اینکه اصل نکاح بنابر اطلاق ادلهٔ ویژه‌ای که در مورد ولایت بر صغیر وجود دارد صحیح است و قرارداد مهریه بنابر ادلهٔ مربوط به نفی ضرر و نفی حرج غیر نافذ و قابل اعتراض به‌شمار می‌آید. یکی از فقیهان (همان) برای پاسخگویی به این اشکال که نکاح و مهر در قالب یک امر واحد انشا گردیده است پس چگونه می‌توان نکاح را صحیح و مهر را باطل دانست، به طرح دو مسئله (یکی در مورد بطلان قرارداد در فرضی که قبول ایجاب فقط ناظر به اجزایی از آن باشد و دیگری مسئلهٔ تبعض صفقه و صحت قسمتی از قرارداد و بطلان قسمتی دیگر از آن) می‌پردازد و صحت نکاح و مهر را به بحث تبعض صفقه شبیه می‌داند. توضیح کلام ایشان به این ترتیب است که در مسئلهٔ ایجاب و قبول، چنانچه انشای ایجاب قرارداد با موضوع مشخصی صورت گیرد و قبول ناظر به بخشی از

موضوع ایجاب باشد، قرارداد تشکیل نمی‌شود، زیرا ایجاب ناظر به امر واحدی بوده است که قبول‌کننده نمی‌تواند آن را تجزیه نماید. بنابراین چنانچه انشای فروش زمین معیّنی صورت گیرد و قبول ناظر به خرید نیمی از زمین یادشده باشد، قرارداد بیع محقق نمی‌شود. این درحالی است که اگر همان زمین فروخته شود و مخاطب ایجاب کل آن را قبول نماید، ولی پس از قرارداد مشخص شود که نیمی از زمین متعلق به غیر است، قرارداد نسبت به سهم متعلق به دیگری غیر نافذ می‌شود و با ردّ مالک آن قسمت، قرارداد نسبت به همان جزء باطل می‌گردد، ولی نسبت به قسمتی که متعلق به خود فروشنده بوده، قرارداد صحیح است و تبعض صفقه رخ می‌دهد. درواقع قانون‌گذار و شارع چنین تجزیه‌ای را پذیرفته است. حال در مسئلهٔ تخلف ولیّ صغیر نیز مسئله به همین ترتیب است و صحت خود عقد و بطلان مهریه از ادلهٔ مختلف شرعی استنباط می‌شود.

هرچند نظریهٔ یادشده در مورد صحت عقد نکاحِ منعقدشده از سوی ولی و عدم نفوذ مهریه قابل دفاع است، ولی در مورد نمایندهٔ قراردادی و تخلف وی از اختیارات راجع به مهریه نیز می‌توان با فرعی قلمداد نکردن مهریه و جداسازی آن از اصل قرارداد، به نتیجهٔ مشابهی دست یافت.

ب) قاعدهٔ لاضرر

طبیعتاً در مواردی که ولی در نکاح پسر بدون وجود مصلحت مهریه را بیش از مهرالمثل تعیین می‌نماید، به زیان پسر اقدام کرده است. در مورد دختر نیز چنانچه ولیّ او مهریه‌ای کمتر از مهرالمثل تعیین کند موجب زیان وی خواهد بود. در این راستا برخی فقیهان (همان، ۱۷۰-۱۷۱) برای تبیین ضرری بودن قراردادی که ولیّ دختر با مهریه‌ای کمتر از مهرالمثل و بدون رعایت مصلحت منعقد می‌نماید چنین توضیح داده‌اند که نکاح نوعی معاوضه است که در آن بضع (تمتع جنسی) در مقابل مهر قرار گرفته است و اینکه دختر، مهریهٔ کمتر از مهرالمثل را تحمل نماید در بسیاری از موارد موجب دشواری فراوان و مشقت عظیم برای وی می‌شود؛ خصوصاً اینکه در مواردی که بدون مصلحتْ مهریهٔ دختر کمتر از مهرالمثل قرار داده شود، در عرف زنان نوعی عار و ننگ تلقی می‌شود که زنان آن را تحمل نمی‌کنند؛ چه‌بسا زن حاضر باشد در قرارداد نکاح مهریهٔ بالایی درج گردد، ولی خود به اختیار خود پس

از عقد، آن را ابراء نماید (همان). حال پرسش این است که آیا می‌توان به استناد قاعدهٔ لاضرر صحت یا لزوم قرارداد نکاح را نفی کرد یا خیر؟ در این راستا برخی فقیهان (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج۲، ۴۱) به استناد قاعدهٔ نفی ضرر از بطلان عقد و مهر (عدم نفوذ) دفاع کرده‌اند. به اعتقاد ایشان درصورتی که ولی دختر را به کمتر از مهرالمثل یا پسر را به بیشتر از مهرالمثل به تزویج دیگری درآورد، پای‌بندی به قرارداد نکاح و شمول لزوم وفای به عهد به آن، حکمی ضرری است. لیکن ازآنجا که نفی لزوم به پذیرش خیار فسخ قرارداد می‌انجامد و موارد فسخ نکاح محدود بوده و این مورد به اجماع از موارد مصرح نبوده است و امکان فسخ قرارداد نکاح در این مورد پذیرفته نیست؛ لذا برای رفع ظلم و ضرر، چاره‌ای جز نفی صحت قرارداد نکاح باقی نمی‌ماند. درواقع طبق این نظر، صحت قرارداد حکمی ضرری است که به موجب قاعدهٔ لاضرر نفی می‌شود. طبیعی است نتیجهٔ نفی حکم صحت، عدم نفوذ قرارداد خواهد بود.

برخی از فقیهان (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج۱۲، ۴۱۹۷؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۱ق، ج۱، ۸۹) به جای بطلان قرارداد نکاح از امکان فسخ نکاح به استناد قاعدهٔ لاضرر سخن گفته‌اند. دلیل این امر در تشخیص حکم ضرری نهفته است. درواقع بنابر این نظر، لزوم قرارداد نکاح، حکمی ضرری است. در این راستا ادعا شده است (شبیری زنجانی، همان) که در این مسئله اصل عقد نکاح ضرری نیست، بلکه لزوم آن ضرری است؛ درنتیجه قاعدهٔ لاضرر لزوم آن را برمی‌دارد. البته به اعتقاد این فقیه چنانچه بر اساس اوضاع و احوالْ اصل ازدواج مورد اختلاف و نزاع و محلّ مفسده باشد، می‌توان از راه لاضرر، صحت عقد را نفی کرد.

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود در هر دو نظر پیش‌گفته، عدم امکان جدایی قرارداد نکاح و مهر از یکدیگر امری روشن تلقی شده است. در مقام نقد نظریات یادشده می‌توان گفت، قاعدهٔ لاضرر تنها دلالت بر نفی لزوم قرارداد مهر دارد. به دیگر سخن، مهریه و نکاح می‌تواند دو امر جدا از یکدیگر به‌شمار آید و ازآنجا که حکم ضرری پای‌بندی به مهرالمسمای تعیین شده است، درنتیجه قاعدهٔ لاضرر فقط همان حکم را نفی می‌کند[1] در

۱. برای دیدن نظریات فقیهان در خصوص مفاد هیئت ترکیبی قاعدهٔ لاضرر، ر.ک. موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج۱، ۲۰۹؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ۳۸۰؛ اصفهانی، ۱۴۱۰ق، ۱۸؛ عراقی، ۱۴۱۸ق، ۱۷؛ همان، ۱۴۲۰ق، ۳۰۱؛ مروج جزائری، ۱۴۱۵، ج۶، ۴۹۳؛ مشکینی اردبیلی، ۱۴۱۳ق، ج۴، ۳۴۹؛ فیروزآبادی، ۱۴۰۰ق، ج۴، ۳۰۰؛ نراقی، ۱۴۱۷ق، ۴۳؛ آشتیانی، ۱۴۰۳ق، ج۲، ۲۲۲؛ خمینی، بی‌تا، ج۱، ۶؛ همان، ۱۴۱۵ق، ۷۳؛ سیستانی، ۱۴۱۴ق، ۹.

همین راستا برخی فقیهان (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۷۱-۱۷۰) معتقدند، حکم ضرری و حرجی، لزوم پای‌بندی به مهریه است و از راه قواعد نفی ضرر و حرج می‌توان حکم نفوذ مهریه را نفی نمود و برای زوجه اختیار اعتراض به مهریه را پذیرفت. به دیگر سخن، ادلهٔ نفی ضرر و حرج فقط اعتراض نسبت به مهریه را به‌اثبات می‌رساند و بنابر اطلاق ادلهٔ مربوط به تزویج دختر صغیر از سوی ولی، اصل قرارداد پابرجا می‌ماند.

۲,۱,۱,۳. نظریهٔ صحت عقد و بطلان مَهر

برخی فقیهان (خمینی، ۱۴۲۵ق، ج۲، ۲۵۵؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ۷۰۸؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج۲، ۳۱۸؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ۱۰۷؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶ق، ج۲، ۴۱۰؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج۷، ۱۵۵) با اینکه رعایت مصلحت مولّی‌علیه از سوی ولی را لازم می‌دانند، تخلف ولی در مسئلهٔ مهریه و تعیین مهریه بیشتر از مهرالمثل در مورد صغیر تحت ولایت (پسر) و مهریهٔ کمتر از مهرالمثل در مورد صغیره (دختر تحت ولایت) را موجب عدم نفوذ مهریه دانسته، از صحت عقد نکاح سخن می‌گویند. برخی فقیهان (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج۲، ۲۲۲) نیز هرچند به‌صراحت از عدم نفوذ قرارداد مهر سخن نگفته‌اند، ولی در فرضی که ولیّ دختر صغیره میزان مهرالمسمی را کمتر از مهرالمثل قرار داده باشد، پذیرش حق اعتراض را برای دختر (پس از بلوغ و رشد) اظهر دانسته‌اند.

در مقام تبیین دلیل این نظریه (نظریهٔ صحت نکاح و بطلان مهر) باید گفت، دلیل اصلی که در این خصوص ملاحظه می‌شود این است که قاعدهٔ نفی ضرر بر نفی نفوذ از کل قرارداد نکاح دلالت نمی‌کند، بلکه صرفاً از امکان اعتراض نسبت به مهریه دفاع شده است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۷۱). طبیعی است اگر پذیرفته شود که قرارداد نکاح صحیح است و صرفاً حق اعتراض نسبت به قرارداد مهریه وجود دارد، این پرسش مطرح می‌شود که اعتراض به قرارداد مهر به چه ترتیبی است؟ در پاسخ می‌توان گفت اگر همچون برخی فقیهان (خمینی، ۱۴۲۵ق، ج۲، ۲۵۵؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ۷۰۸؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج۲، ۳۱۸؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ۱۰۷؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶ق، ج۲، ۴۱۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج۷، ۱۵۵) قرارداد مهریه غیر نافذ دانسته شود، اعتراض به مهریه به معنای ردّ مهرالمسمی خواهد بود. بدیهی است در صورت عدم تنفیذ قرارداد مهر و ردّ آن، مسئله مانند

حالتی خواهد شد که مهریه‌ای در قرارداد نکاح تعیین نشده است و می‌توان از لزوم مهرالمثل سخن گفت. لیکن احتمال دیگری نیز از جانب برخی فقیهان (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۷۵) مطرح گردیده است؛ به این ترتیب که احتمال دارد قرارداد مهریه صحیح باشد، لیکن اعتراض به مهریه به معنای پذیرش حق رجوع زوجه (در فرضی که ولیّ زوجه به کمتر از مهرالمثل قرارداد را منعقد نموده است) به زوج برای مابه‌التفاوت میان مهرالمسمی و مهرالمثل به‌شمار آید. فایدهٔ عملی مترتب بر احتمال اخیر این است که چنانچه مهرالمسمی عین معیّنی باشد، مالکیت زوجه بر آن محقق است و صرفاً برای تفاوت مهرالمسمی و مهرالمثل حق مراجعه به زوج دارد.

به نظر نگارندگان در دفاع از نظریهٔ صحت قرارداد نکاح و عدم نفوذ مهریه می‌توان به رکن نبودن مهریه نسبت به نکاح و رابطهٔ تعدد مطلوب میان نکاح و مهر نیز تمسک جست. درواقع اینکه به استناد قاعدهٔ لاضرر بتوان فقط مهریه را غیر نافذ دانست، در صورتی امکان‌پذیر است که بتوان میان عقد نکاح و مهریه تفکیک نمود. زمانی می‌توان مهریه را از نکاح جدا کرد که ماهیت نکاح را متفاوت با قراردادهای معاوضی مانند قرارداد بیع و مهریه را متفاوت با عوض در قراردادهای معاوضی به‌شمار آورد. شایان ذکر است از مواردی که دلالت بر رابطهٔ تعدد مطلوب میان عقد نکاح و مهر دارد، عدم شرط ذکر مهر در نکاح است؛ به‌گونه‌ای که اگر مهر در نکاح ذکر نشود یا عدم مهر در عقد شرط گردد یا خللی به مهر وارد شود، عقد صحیح است[1] همچنین حکم مشهور فقیهان امامی به صحت شرط خیار در صداق و عدم صحت آن در عقد نکاح[2]نیز از قرائن دیگری است که دال بر تعدد مطلوب میان عقد و مهر است. وجه استنباط به این ترتیب است که اگر مهریه و نکاح قابل تفکیک

۱. علامه حلی در این زمینه چنین می‌فرماید: «و لیس ذکره شرطاً، فلو أخلّ به أو شرط عدمه صحّ العقد» (۱۴۱۳ق، ج۳، ۷۳). برای مطالعه دیدگاه سایر اندیشمندان فقه، ر.ک. ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷ق، ۳۴۶؛ فخر المحققین حلی، ۱۳۸۷ق، ج۳، ۱۹۶؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴ق، ج۳، ۲۱۳؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ج۲، ۲۷۳؛ کیدری، ۱۴۱۶ق، ۴۲۲.

۲. عبارت محقق سبزواری در این زمینه چنین است: «و لو شرط الخیار فی النکاح فالأقوی بطلان النکاح، خلافاً لابن إدریس و لو شرط فی المهر فالمشهور صحّة العقد و المهر و الشرط» (۱۴۲۳ق، ج۲، ۲۴۱). برای دیدن دیدگاه‌های فقیهان امامی در این زمینه، ر.ک. ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷ق، ۳۵۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج۳، ۷۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج۵، ۱۲۰-۱۱۹؛ اراکی، ۱۴۱۹ق، ۶۶۸-۶۶۷

از یکدیگر نبودند، فسخ مهریه از راه پیش‌بینی شرط خیار در مهر قابل پذیرش نبود؛ حال آنکه مشهور فقیهان این امکان را پذیرفته‌اند. درواقع یکی از تفاوت‌های مهم اموری که با یکدیگر مطلوب واحد را تشکیل می‌دهد در مقایسه با اموری که مطلوب‌های متعددی را تشکیل می‌دهد، این است که در مطلوب واحد، منتفی نمودن یکی از امور یادشده، کل مطلوب را منتفی می‌نماید ولی در تعدد مطلوب، چنین نیست.

با توجه به تحلیلی که در خصوص تخلف ولی نسبت به مهریه صورت گرفت این نتیجه حاصل گردید که از سویی نظر اقوی در زمینهٔ رابطهٔ میان اصل نکاح و مهر، فرعی بودن مهر و رابطهٔ تعدد مطلوب میان نکاح و مهر است و دلیل اصلی آن، این است که امور فرعی مانع تشکیل و تحقق امور اصلی نیست و ازآنجا که مهریه از امور فرعی است تخلف از شرایط مهریه یا اشکال در صحت آن نمی‌تواند قرارداد نکاح دائم را تحت تأثیر قرار دهد؛ چنان‌که در مواردی که مهریه به دلایلی چون مجهول بودن یا فقدان مالیت باطل ازکار درمی‌آید، لطمه‌ای به اصل قرارداد نکاح وارد نمی‌شود. از سوی دیگر، جاری شدن قاعدهٔ لاضرر نیز در مواردی که تخلف از شرایط مهریه موجب تضرر منوب‌عنه می‌گردد، قدرت ازبین بردن صحت یا لزوم قرارداد نکاح را ندارد و صرفاً باید آن را ناظر به قرارداد مهریه دانست.

در پایان این قسمت توجه به دو نکته شایسته است، از سویی همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد، در خصوص ولایت وصی در مورد تزویج صغیر در فقه امامیه دیدگاه‌های گوناگون وجود دارد؛ به‌گونه‌ای که سه نظریهٔ وجود ولایت به نحو مطلق، وجود ولایت در صورت تصریح موصی و عدم وجود ولایت به نحو مطلق (اعم از تصریح موصی یا عدم تصریح وی) مطرح است، لیکن نظر اخیر، نظر مشهورتر و مهم‌ترین دلیل آن نیز عدم احتیاج صغیر به ازدواج و نیز مبتنی بودن ولایت در نکاح بر خویشاوندی ولیّ قهری با صغیر است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج۷، ۱۴۹–۱۴۸). البته چنانچه صغیر در حال جنون بالغ گردد و ازدواج نیز برای وی ضروری باشد، ولایت وصی پذیرفته شده است. به‌نظر می‌رسد قانون‌گذار ایران نیز ولایت وصی را نپذیرفته باشد، زیرا در مادهٔ ۱۰۴۱ قانون مدنی از وصی نام نبرده و مادهٔ ۱۱۸۸ قانون مدنی ایران حدود اختیارات وصی را نگاهداری، تربیت و ادارهٔ اموال مولّی‌علیه معرفی

کرده است. بنابراین در حقوق فعلی ایران بحث تخلف نسبت به مهریه در خصوص وصی کاربرد عملی ندارد. البته برای اختیار وصی در خصوص تزویج صغیری که در حال جنون بالغ شده باشد، به ملاک مادهٔ ۸۸ قانون امور حسبی (برای قیم امکان تزویج مجنون را در صورتی که پزشک لازم دانسته باشد، اعطا نموده) استناد شده است (صفایی، ۱۳۸۶، ۸۷-۸۶). در خصوص ولایت حاکم نسبت به تزویج صغیر نیز باید گفت، در فقه امامیه ولایت وی مطلقاً نفی شده و مهم‌ترین دلیل آن عدم نیاز صغیر به ازدواج و نیز اصل عدم ولایت دانسته شده است. البته ولایت حاکم در مورد سفیه و مجنون در صورت وجود مصلحت پذیرفته شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج۷، ۱۴۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج۲۹، ۱۸۹-۱۸۸). حال در خصوص حاکم در مواردی که ولایت در نکاح دارد و مصلحت را رعایت نکرده است، از عبارات برخی فقیهان استنباط می‌شود که در صورت عدم رعایت مصلحت در تعیین مهر، عقد نکاح و مهر هر دو باطل است و نباید این دو را از یکدیگر تفکیک کرد. دلیلی که ایشان مطرح نموده‌اند، این است که نوع ولایت ولیّ قهری با نوع ولایت حاکم متفاوت است. درواقع ولایت ولیّ قهری همانند ولایت مولی بر عبد است، حال آنکه ولایت حاکمْ ولایت غبطه و حسبه محسوب می‌شود و از این نظر باید ضمانت اجرای تخلف نیز متفاوت باشد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۷۲). اشکالی که به این نظر وارد شده این است که دلیل روشنی بر تفکیک ولایت ولیّ قهری و ولایت حاکم ارائه نشده است. بنابراین به‌نظر می‌رسد با توجه به همان مبانی و ادله‌ای که تخلف ولیّ قهری بر اساس آن بررسی شد، می‌توان این مسئله را تحلیل نمود. درهرحال پردازش دقیق مسائل مربوط به سایر اولیای عقد با توجه به وجود ابهامات فراوان، مستلزم پژوهشی جداگانه است.

۲،۱،۳. ولایت در خصوص نکاح مجنون

در خصوص شخص بالغی که دچار جنون ادواری است، هیچ‌یک از ولیّ قهری، قیم و حاکم دارای ولایت نیستند، زیرا این دسته از مجانین در دوران افاقه دارای اهلیت لازم برای نکاح هستند و شاید به همین دلیل برخی فقیهان (حسینی عاملی، بی‌تا، ج۵، ۲۷۳) تصریح نموده‌اند که تزویج چنین مجنونی فقط در حال افاقه و با إذن وی امکان‌پذیر است. در مورد نکاح مجنون دائمی، در خصوص اینکه آیا ولیّ قهری (پدر و جدّ پدری) فقط درصورتی که

جنون متصل به صغر باشد دارای ولایت است یا اینکه علاوه بر آن درصورتی که جنون متصل به صغر نباشد و پس از بلوغ عارض گردد نیز ولایت وجود دارد، میان فقیهان امامیه اختلاف نظر دیده می‌شود. لیکن نظر غالب که ادعای وجود شهرت بسیار قوی و حتی اجماع میان قدما در مورد آن مطرح است، پذیرش ولایت در هر دو حالت است (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج۱۱، ۳۸۳۴ و ۳۸۵۷-۳۸۵۶). درعین‌حال برخی فقیهان (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج۱۴، ۴۳۸؛ همان، ۱۴۱۰ق، ج۲، ۲۷۷) نظر مخالف داشته، معتقدند درصورتی که جنون متصل به صغر نباشد، حاکم در صورت ضرورت برای تزویج دارای ولایت است. برخی فقیهان (خوئی، ۱۴۱۰ق، ج۲، ۲۶۱؛ سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج۳، ۲۵) نیز راه احتیاط را پیموده و احتیاط را در جلب موافقت حاکم دانسته‌اند. در خصوص ولایت وصی منصوب از جانب پدر و جدّ پدری، برخی فقیهان (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج۲، ۸۶۹) ولایت وی بر تزویج مجنون دائمی را در صورت نیاز مجنون به ازدواج و تصریح موصی بر اختیار وصی در خصوص ازدواج پذیرفته‌اند. برخی (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج۲، ۲۲۱) نیز آن را منحصر به جنون متصل به صغر دانسته و برخی دیگر (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج۲۹، ۱۹۱) نیز ادعای عدم اختلاف و اجماع را در زمینهٔ ولایت وصی در مورد مجنونی که جنونش متصل به صغر بوده و ازدواج برای وی ضرورت داشته باشد نقل نموده‌اند و وصی را به رعایت مصلحت در این زمینه ملزم دانسته‌اند. درهرحال اگر مجنون ولیّ قهری و وصیّ منصوب از جانب پدر و جدّ پدری نداشته باشد، حاکم ولیّ او خواهد بود و فقط در صورت ضروری بودن ازدواج می‌تواند مبادرت به تزویج وی نماید (خوئی، ۱۴۱۰ق، ج۲، ۲۶۲-۲۶۱).

گفتنی است در خصوص ولایت ولیّ قهری در مورد مجنون، برخی فقیهان (حسینی عاملی، بی‌تا، ج۵، ۲۷۳) میان اینکه مجنون بالغ، مذکر باشد یا مؤنث تفکیک کرده‌اند. به اعتقاد ایشان در مورد مجنون مذکر ولیّ قهری نیز فقط در صورت ضرورت و نیاز می‌تواند مبادرت به اختیار زوجه برای وی نماید. ایشان دلیل این امر را تعهدات مالی از قبیل مهر و نفقه دانسته‌اند که برعهدهٔ زوج قرار می‌گیرد. لیکن در مورد مجنون مؤنث، با توجه به اینکه ازدواج، حقوق مالی مانند مهر و نفقه برای وی به‌دنبال دارد، ازدواج وی را مقید به وجود ضرورت ندانسته، بلکه وجود مصلحت را در این زمینه کافی می‌دانند (حسینی عاملی، بی‌تا، ج۵، ۲۷۳).

حال پرسش این است که اگر اولیای عقد در مورد مجنون مبادرت به انعقاد قرارداد ازدواج برای مولّی‌علیه خود نمایند و در تعیین مهریه رعایت مصلحت را نکنند، وضعیت به چه ترتیبی خواهد بود؟

در حدی که نگارندگان در کتب فقهی جستجو کرده‌اند، پاسخ صریحی در این زمینه وجود ندارد، لیکن به‌نظر می‌رسد پاسخ این پرسش بسته به اینکه محدودهٔ ولایت چه اندازه دانسته شود، متفاوت است. در این راستا و برای نمونه در خصوص ولایت پدر و جدّ پدری، اگر همچون ظاهر عباراتِ برخی فقیهان (علامه حلی، ۱۳۸۸ق، ۵۸۷-۵۸۶) ولایت ایشان در نکاح مجنون (مؤنث و مذکر) ولایتی مطلق دانسته شود، نتیجه این خواهد بود که نکاح و مهریه هر دو صحیح بوده، حتی در صورت زوال جنون نیز حق اعتراض وجود نخواهد داشت. لیکن اگر در مورد ولیّ قهری نیز رعایت مصلحت (همان‌گونه که وصی و حاکم باید آن را رعایت نمایند) لازم دانسته شود، به‌نظر می‌رسد آنچه در مورد نکاح صغیر و صغیره مطرح گردید، در اینجا نیز قابلیت طرح داشته باشد. به این ترتیب اگر میان نکاح و مهر رابطهٔ وحدت مطلوب پذیرفته شود یا اصل قرارداد نکاح بدون تفکیک آن از مهر مشمول قاعدهٔ نفی ضرر دانسته شود، نتیجه آن بطلان قرارداد نکاح و مهر خواهد بود. لیکن اگر نظریهٔ مختار در خصوص تفکیک قرارداد نکاح و مهر و اختصاص ضرری بودن به قرارداد مهر پذیرفته شود، در اینجا نیز درصورتی که اصل نکاح به مصلحت باشد، اما مهریه تعیین‌شده خلاف مصلحت به‌شمار آید، می‌توان از صحت نکاح و بطلان مهر سخن گفت. البته در اینجا امکان تنفیذ مهر جز در صورت افاقهٔ مجنون وجود ندارد و با توجه به آنکه عملاً ممکن است هیچ‌گاه مجنون بهبود نیابد، وضعیت مهر به بطلان مطلق نزدیک می‌شود. زیرا وضعیت عدم نفوذ مربوط به مواردی است که امکان تنفیذ وجود داشته باشد؛ حال آنکه در این مورد، خود مجنون جز در فرض افاقه صلاحیت تنفیذ ندارد و مستندی برای امکان تنفیذ از سوی سایر اشخاص نیز وجود ندارد. بنابراین با پذیرش بطلان قرارداد مهر، وضعیت مانند حالتی خواهد بود که مهریه‌ای در قرارداد تعیین نشده است؛ به همین دلیل در صورت وقوع نزدیکی، مسئلهٔ مهرالمثل مطرح می‌شود.

۳،۱،۳. ولایت در نکاح رشیدهٔ باکره

در مورد ولایت پدر و جدّ پدری در خصوص نکاح دختر بالغهٔ رشیدهٔ باکره در میان فقیهان امامیه اختلاف نظر وجود دارد. مشهورترین اقوالی که وجود دارد یا ناظر به استقلال رشیدهٔ باکره در ازدواج و عدم ولایت پدر و جدّ پدری و دیگران در این خصوص است و یا درنهایت تشریک پدر و جدّ پدری با دختر در امر ازدواج است. درهرحال در متون فقهی در خصوص این مسئله اختلافات فراوانی وجود دارد، لیکن بیشتر همین دو نظر مطرح است (ر.ک. شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج۱۱، ۳۸۷۲-۳۸۵۹).[۱] حال اگر هریک از این دو نظر مورد پذیرش قرار گیرد، مسئلهٔ عدم رعایت مصلحت از سوی ولیّ دختر در تعیین مهر منتفی است، زیرا اگر ولایت پذیرفته نشده باشد، ولی هیچ اختیاری در خصوص نکاح ندارد و اگر اقدامی انجام دهد مانند اقدام اشخاص بیگانه، فضولی خواهد بود. اگر ولایت استقلالی پدر (بدون نیاز به إذن دختر) نیز پذیرفته نشود، باز هم مسئلهٔ تخلف نسبت به مهریه منتفی خواهد بود، زیرا بدون رضایت دختر نکاح قابل تحقق نخواهد بود. لیکن اگر نظری که ولایت پدر و جدّ پدری در نکاح رشیدهٔ باکره را می‌پذیرد، مطرح شود و ولایت ناظر به نکاح و مهریه (هر دو) به‌شمار آید، در این مورد این مسئله قابل طرح است که عدم رعایت مصلحت در تعیین مهر چه ضمانت اجرایی دارد؟ در پاسخ باید گفت، با وجود جستجو در این زمینه در متون فقهی، متنی که به صورت مستقل متعرض این مسئله شده باشد، ملاحظه نگردید. لیکن به‌نظر می‌رسد بر فرض پذیرش ولایت استقلالی پدر در این خصوص، همان نظریاتی که در بررسی نکاح دختر صغیره مطرح شد در اینجا نیز قابل طرح است و طبق نظر مختار نگارندگان در آن قسمت، صحت قرارداد نکاح و عدم نفوذ قرارداد مهر اقوی به‌نظر می‌رسد. درهرحال با توجه به اینکه ولایت استقلالی پدر و جدّ پدری بر بالغهٔ رشیدهٔ باکره با توجه به مادهٔ ۱۰۴۳ قانون مدنی ایران در حقوق فعلی ایران پذیرفته نیست، این مسئله درعمل منتفی خواهد بود.

---

۱. گفتنی است، با توجه به اینکه استقلال پدر و جد پدری در حقوق ایران برای نکاح دختر باکرهٔ رشیده پذیرفته نشده است، درعمل مسئله از نظر حقوق فعلی ایران منتفی است.

۲,۳. بررسی تخلف اولیای عقد در مورد مَهر از منظر حقوقی

از نظر حقوقی این مسلّم است که ولایت در نکاح به تبع فقه در مورد پدر و جدّ پدری نسبت به صغیر پذیرفته شده است. لیکن اینکه سایر اشخاص (وصی و حاکم) نسبت به صغیر ولایتی داشته باشند، محل تردید جدی بوده و اصل بر عدم چنین ولایتی است (ر.ک. صفایی و امامی، ۱۳۸۵، ج۱، ۷۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج۱، ۷۹-۷۸). در مورد مجنون نیز می‌توان از ولایت پدر و جدّ پدری (در فرض اتصال جنون به صغر) و نیز ولایت وصی، قیم و حاکم سخن گفت؛ هرچند حدود اختیارات و شرایط نمایندگی اشخاص یادشده با یکدیگر تفاوت‌هایی دارد (ر.ک. صفایی و امامی، ۱۳۸۵، ج۱، ۸۸).

درهرحال، آنچه مسلّم است از نظر حقوقی اولیای عقد باید مصلحت مولّی‌علیه را در نکاح رعایت نمایند و در موارد وجود ولایتْ این پرسش جدی وجود دارد که تخلف از مصلحت در خصوص مهریه چه ضمانت اجرایی خواهد داشت؟ در این زمینه نوشته‌های حقوقی در مورد اختیارات ولایت پدر، جدّ پدری، وصی، قیّم و حاکم بر مولّی‌علیه بسیار مختصر بوده و در اغلب نوشته‌های حقوقی (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج۱، ۷۹-۷۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ۲۱-۱۷؛ شیروی، ۱۳۹۵، ۷۳-۶۶) به این مسئله اشاره نشده است و برخی حقوق‌دانان (صفایی و امامی، ۱۳۸۵، ج۱، ۷۴) با اقتباس از بعضی فقهای امامیه، در صورت عدم رعایت مصلحت از سوی ولی و تزویج صغیره به کمتر از مهرالمثل، نکاح را به قولی باطل و به قولی غیر نافذ می‌دانند. درهرحال، قانون مدنی در این خصوص ساکت است. به اعتقاد نگارندگان همان‌گونه که در قسمت بررسی فقهی موضوع بیان گردید، نظر اقوی از بعد حقوقی نیز این است که قائل به تعدد مطلوب میان نکاح و مهریه در قرارداد نکاح دائم گردید. چراکه از نظر قانون مدنی مهریه رکن قرارداد نکاح دائم محسوب نمی‌شود و در مواردی که مهریه ذکر نشده باشد یا قرارداد مهر به دلایلی باطل ازکار درآید، از بطلان نکاح سخن گفته نشده است. برای نمونه بر اساس مادهٔ ۱۰۸۷ قانون مدنی: «اگر در نکاح دائم مَهر ذکر نشده یا عدم مَهر شرط شده باشد نکاح صحیح است و طرفین می‌توانند بعد از عقد مَهر را به تراضی معیّن کنند و اگر قبل از تراضی بر مَهر معیّن بین آنها نزدیکی واقع شود زوجه مستحق مهرالمثل خواهد بود». چنان‌که بر اساس مادهٔ ۱۱۰۰ قانون مدنی: «درصورتی

که مَهرالمسمی مجهول باشد یا مالیت نداشته باشد یا ملک غیر باشد درصورت اول و دوم زن مستحق مَهرالمثل خواهد بود و درصورت سوم مستحق مثل یا قیمت آن خواهد بود مگر اینکه صاحب مال اجازه نماید».

به‌علاوه صحیح دانستن قرارداد نکاح در مواردی که در مورد مهریه خللی وجود دارد، با مصالح اجتماعی سازگارتر است؛ زیرا نهاد خانواده یکی از مهم‌ترین نهادهای جامعه می‌باشد که لازم است قوانینی در پی حفظ و اعتلای آن باشد. حال چگونه می‌توان فقط برای تخلف ناچیزی در تعیین مهریه که ممکن است سال‌ها بعد به زوج یا زوجه اجازه برهم زدن نکاح را بدهد، اصل عقد نکاح را غیر نافذ دانست. درهرحال، به‌نظر می‌رسد در مواردی که تخلف اولیای عقد صرفاً ناظر به مهریه باشد، صحیح دانستن قرارداد نکاح و غیرنافذ دانستن قرارداد مهر همسو با مصلحت‌های اجتماعی و حفظ بنیان خانواده است.

نتیجه

با بررسی‌های به‌عمل آمده در این جستار، این نتیجه حاصل شده است که در مورد ضمانت اجرای تخلف نماینده از حدود اختیارات خویش در مورد مهریه، از نظر فقهی اختلاف وجود دارد. در خصوص تخلف نمایندهٔ قراردادی (وکیل) اغلب فقیهان تخلف وکیل در مورد مهریه را موجب عدم نفوذ قرارداد نکاح دانسته و به ادله‌ای چون لزوم تبعیت عقد از قصد و عدم شمول إذن نسبت به اصل نکاح استناد نموده‌اند. قانون‌گذار ایران نیز از همین نظر پیروی نموده و در مادهٔ ۱۰۷۳ قانون مدنی تخلف وکیل از مهریه را موجب عدم نفوذ اصل قرارداد نکاح دانسته است. بیشتر حقوق‌دانان نیز به تبعِ نظر غالب در فقه امامیه، در تحلیل این ماده از رابطهٔ وحدت مطلوب میان قرارداد نکاح و مهریه سخن گفته‌اند. این درحالی است که برخی فقیهان امور فرعی مانند مهریه را مطلوبی متفاوت با اصل نکاح می‌دانند و تخلف نسبت به مهریه را موجب عدم نفوذ کل قرارداد محسوب نمی‌دارند. در این زمینه آنچه اقوی به‌نظر می‌رسد، نظر دوم است. درواقع از لحاظ منطق حقوقی ازآنجا که عدم ذکر مهریه در قرارداد نکاح دائم خللی به آن وارد نمی‌سازد، نمی‌توان تخلف نسبت به مهریه را موجب تخلف نسبت به اصل نکاح دانست و از عدم تبعیت عقد از قصد و عدم شمول إذن نسبت به نکاح انعقادیافته سخن گفت. در مورد تخلف نمایندگان غیرقراردادی و به تعبیری

اولیای عقد نیز در متون فقهی وحدت نظر وجود ندارد. گفتنی است آنچه اغلب در میان فقیهان مورد بررسی قرار گرفته مربوط به پدر و جدّ پدری است. در این راستا برخی فقیهان، عدم رعایت مصلحت در تعیین مهر را فاقد ضمانت اجرا معرفی نموده و قرارداد نکاح و مهر را نافذ به‌شمار آورده‌اند. درهرحال مهم این است که ایشان قرارداد نکاح را صحیح دانسته‌اند. لیکن برخی فقیهان که رعایت مصلحت محجور را از سوی ولی در تعیین مهر شرط می‌دانند، در صورت عدم رعایت مصلحت یادشده، از عدم نفوذ کل قرارداد ازدواج یا امکان فسخ کل آن سخن گفته‌اند و مجموعهٔ عقد و مهر را مطلوب واحد درنظر گرفته و به استناد قاعدهٔ لاضرر از نفی حکم ضرری نفوذ یا لزوم نکاح دفاع کرده‌اند. این درحالی است که برخی فقیهان در مورد تخلف پدر و جدّ پدری، به استناد اطلاق روایاتی که ولایت پدر و جدّ پدری را مقرر نموده است، تأثیر تخلف ولی نسبت به مهریه را به عدم نفوذ مهریه یا امکان اعتراض نسبت به آن محدود دانسته‌اند. جالب توجه است که در حقوق ایران، قانون مدنی در زمینهٔ مسئلهٔ مورد بررسی سکوت اختیار کرده است و فقط برخی از حقوق‌دانان به نظریات فقهی اشارهٔ مختصری داشته‌اند. آنچه از دیدگاه نگارندگان در این زمینه اقوی به‌نظر می‌رسد این است که با توجه به فرعی بودن مهریه در نکاح دائم، میان اصل قرارداد نکاح و قرارداد مهریه رابطهٔ تعدد مطلوب برقرار است و تخلف نسبت به مهریه نباید به صحت یا لزوم قرارداد نکاح لطمه وارد آورد. این نگرش با مصلحت لزوم حفظ نهاد خانواده نیز سازگار است. با توجه به مطالب پیش‌گفته به‌نظر می‌رسد می‌توان به‌طور کلی در فرض تخلف نمایندگان در زمینهٔ مهریه، از صحت قرارداد نکاح دائم سخن گفت. بنابراین پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار ایران با اصلاح مادهٔ ۱۰۷۳ قانون مدنی، تخلف وکیل از مهریه را موجب عدم نفوذ قرارداد نکاح نداند و برای رفع هرگونه ابهام در زمینهٔ اولیای عقد نیز حکم مسئله را به‌صراحت بیان دارد.

منابع و مآخذ

۱. ابن جنید، محمد (۱۴۱۶ق)، ***مجموعهٔ فتاوی ابن جنید***، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. ابن زهره حلبی، حمزهٔ (۱۴۱۷ق)، ***غنیهٔ النزوع***، چاپ اول، قم: مؤسسهٔ امام صادق علیه السلام.
۳. آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۹ق)، ***کفایهٔ الأصول***، قم: مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام.
۴. اراکی، محمدعلی (۱۴۱۹ق)، ***کتاب النکاح***، چاپ اول، قم: نور نگار.
۵. آشتیانی، میرزا محمدحسن (۱۴۰۳ق)، ***بحر الفوائد***، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی.
۶. اصفهانی، سید ابوالحسن (۱۴۲۲ق)، ***وسیلهٔ النجاهٔ***، چاپ اول، قم: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
۷. اصفهانی، فتح‌الله (۱۴۱۰ق)، ***قاعدهٔ لاضرر***، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۸. امامی، سید حسن (۱۳۷۷)، ***حقوق مدنی***، جلد چهارم، تهران: اسلامیه.
۹. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، ***کتاب النکاح***، چاپ اول، قم: کنگرهٔ جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۱۰. انصاری، مسعود و طاهری، علی‌محمد (۱۳۸۸)، ***مجموعهٔ دانشنامهٔ حقوق، دانشنامهٔ حقوق خصوصی***، جلد دوم، چاپ سوم، تهران: انتشارات جنگل، جاودانه.
۱۱. بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق)، ***الحدائق الناضرهٔ***، جلد۲۳ و ۲۴، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶)، ***حقوق خانواده***، تهران: گنج دانش.
۱۳. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۵)، ***مباحث فقه ـ نکاح*** ـ جلسهٔ ۱۱۱، ۲۶ اردیبهشت ۱۳۹۵، قابل دستیابی در http://javadi.esra.ir، بازدید در تاریخ ۱۷ شهریور ۱۳۹۸.
۱۴. جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۶ق)، ***فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام***، زیر نظر سید محمود هاشمی، جلد دوم، چاپ اول، قم: مؤسسه دائرهٔ المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۱۵. حائری، سید کاظم (۱۳۸۰)، «مکان ذبح در حج»، ***مجلهٔ فقه اهل بیت (ع)***، شمارهٔ ۲۷.
۱۶. حائری شاهباغ، سید علی (۱۳۸۲)، ***شرح قانون مدنی***، جلد دوم، تهران: گنج دانش.
۱۷. حسینی عاملی، سید جوادبن محمد (بی‌تا)، ***مفتاح الکرامهٔ فی شرح قواعد العلاّمهٔ***، جلد پنجم، چاپ اول، بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

۱۸. حرّ عاملی، محمد (۱۴۱۲ق)، ***هدایة الأمة***، جلد هفتم، چاپ اول، مشهد: مجمع البحوث الإسلامیة.

۱۹. خمینی، سید روح‌الله (۱۴۲۵ق)، ***تحریرالوسیله***، جلد دوم، چاپ اول، قم: مطبوعات دارالعلم.

۲۰. خمینی، سید روح‌الله (بی‌تا)، ***الرسائل***، جلد اول، چاپ اول، قم: مؤسسهٔ مطبوعاتی اسماعیلیان.

۲۱. خمینی، سید روح‌الله (۱۴۱۵ق)، ***بدائع الدرر***، تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

۲۲. خمینی، سید روح‌الله (۱۴۰۴ق)، ***زبده الاحکام***، چاپ اول، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.

۲۳. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، ***منهاج الصالحین***، جلد دوم، چاپ بیست و هشتم، قم: نشر مدینة العلم.

۲۴. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق)، ***موسوعه***، جلد ۳۳، چاپ اول، قم: مؤسسهٔ إحیاء آثار الإمام الخوئی.

۲۵. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۶ق)، ***نظام النکاح***، جلد اول، چاپ اول، قم: مؤسسهٔ امام الصادق (ع).

۲۶. سبزواری، سید عبدالأعلی (۱۴۱۳ق)، ***مهذّب الأحکام***، جلد ۲۴، چاپ چهارم، قم: مؤسسهٔ المنار.

۲۷. سند، محمد (۱۴۲۹ق)، ***سند العروة الوثقی- کتاب النکاح***، جلد دوم، چاپ اول، تقریرات به قلم قیصر تمیمی و علی محمود عبادی، قم: مکتبهٔ فدک.

۲۸. سیستانی، سید علی (۱۴۱۴ق)، ***قاعدهٔ لا ضرر و لا ضرار***، چاپ اول، قم: دفتر آیه‌الله سیستانی.

۲۹. سیستانی، سید علی (۱۴۱۷ق)، ***منهاج الصالحین***، جلد سوم، چاپ پنجم، قم: دفتر آیه‌الله سیستانی.

۳۰. سیوری حلی، مقداد (۱۴۰۴ق)، ***التنقیح الرائع***، جلد سوم، قم: انتشارات کتابخانهٔ آیه‌الله مرعشی نجفی.

۳۱. شبیری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ق)، ***کتاب نکاح***، جلد ۱۱، ۱۲، ۲۱ و ۲۲، چاپ اول، قم: مؤسسهٔ پژوهشی رای‌پرداز.

۳۲. شهید ثانی، زین‌الدین (۱۴۱۰ق)، ***الروضة البهیة***، جلد پنجم، چاپ اول، قم: کتابفروشی داوری.

۳۳. شهید ثانی، زین‌الدین (۱۴۱۳ق)، ***مسالک الأفهام***، جلد ۷ و ۸، چاپ اول، قم: مؤسسهٔ المعارف‌الإسلامیة.

۳۴. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۵)، ***حقوق خانواده***، چاپ اول، تهران: سمت.

۳۵. صافی گلپایگانی، لطف‌الله (۱۴۱۶ق)، ***هدایة العباد***، جلد دوم، چاپ اول، قم: دار القرآن الکریم.

۳۶. صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله (۱۳۸۶)، ***مختصر حقوق خانواده***، تهران: دانشگاه تهران.

۳۷. صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله (۱۳۸۵)، ***حقوق خانواده***، جلد اول، تهران: دانشگاه تهران.

۳۸. طباطبایی، سید علی (۱۴۰۹ق)، ***الشرح الصغیر***، جلد دوم، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانهٔ آیه‌الله مرعشی نجفی.

۳۹. طباطبایی، سید علی (۱۴۱۸ق)، ***ریاض المسائل***، جلد دوازدهم، چاپ اول، قم: مؤسسهٔ آل البیت علیهم السلام.

۴۰. طباطبایی حکیم، سید محسن (۱۴۱۶ق)، ***مستمسک العروة الوثقی***، جلد ۱۲ و۱۴، چاپ اول، قم: مؤسسهٔ دارالتفسیر.

۴۱. طباطبایی حکیم، سید محسن (۱۴۱۰ق)، ***منهاج الصالحین***، جلد دوم، چاپ اول، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.

۴۲. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۰۹ق)، ***العروه الوثقی***، جلد دوم، چاپ دوم، بیروت: الاعلمی للمطبوعات.

۴۳. (۱۳۸۷ق)، ***المبسوط***، جلد چهارم، چاپ سوم، تهران: المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة.

۴۴. طوسی، محمد (۱۴۰۷ق)، ***الخلاف***، جلد چهارم، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۴۵. عراقی، آقا ضیاءالدین (۱۴۱۸ق)، ***قاعدة لاضرر***، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.

۴۶. عراقی، آقا ضیاءالدین (۱۴۲۰ق)، ***مقالات الأصول***، قم: مجمع الفکر الإسلامی.

۴۷. علامه حلّی، حسن (۱۴۱۳ق)، ***قواعد الأحکام***، جلد سوم، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۴۸. علامه حلّی، حسن (۱۳۸۸ق)، ***تذکرة الفقهاء***، چاپ اول، قم: مؤسسهٔ آل البیت علیهم‌السلام.

۴۹. فاضل لنکرانی، محمدجواد (۱۴۲۱ق)، ***تفصیل الشریعة***، چاپ اول، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام.

۵۰. فخرالمحققین حلی، محمد (۱۳۸۷ق)، ***إیضاح الفوائد***، جلد سوم، چاپ اول، قم: مؤسسهٔ اسماعیلیان.

۵۱. فرطوسی حویزی، حسین (۱۴۱۶ق)، ***التوضیح النافع***، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۲. فیروزآبادی، سید مرتضی (۱۴۰۰ق)، ***عنایة الأصول***، قم: کتابفروشی فیروزآبادی.
۵۳. فیض کاشانی، محمدمحسن (بی‌تا)، ***مفاتیح الشرائع***، جلد دوم، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانهٔ آیه‌الله مرعشی نجفی.
۵۴. قبولی درافشان، سید محمدمهدی و قبولی درافشان، سید محمدهادی (۱۳۹۱)، «بررسی لزوم یا عدم لزوم شرایط اساسی صحت قراردادها در مورد شروط ضمن عقد»، ***دانش حقوق مدنی***، دورهٔ اول، شمارهٔ ۱.
۵۵. کاشف الغطاء، حسن (۱۴۲۲ق)، ***أنوار الفقاهة***، چاپ اول، نجف اشرف: مؤسسهٔ کاشف الغطاء.
۵۶. کیدری، قطب‌الدین محمد (۱۴۱۶ق)، ***إصباح الشیعة***، چاپ اول، قم: مؤسسهٔ امام صادق علیه‌السلام.
۵۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، ***دورهٔ حقوق مدنی خانواده***، جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۵۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴)، ***قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی***، تهران: میزان.
۵۹. گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۱۳ق)، ***هدایة العباد***، جلد دوم، چاپ اول، قم: دارالقرآن الکریم.
۶۰. محقق حلی، جعفر (۱۴۰۸ق)، ***شرائع الإسلام***، جلد دوم، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان.
۶۱. محقق داماد، سید مصطفی (بی‌تا)، ***بررسی فقهی حقوقی خانواده***، چاپ اول، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۶۲. محقق داماد، سید مصطفی؛ قنواتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، سید حسن؛ عبدی‌پور فرد، ابراهیم (۱۳۸۹)، ***حقوق قراردادها در فقه امامیه***، جلد دوم، چاپ اول، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه با همکاری سمت.
۶۳. محقق سبزواری، محمدباقر (۱۴۲۳ق)، ***کفایة الأحکام***، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶۴. محقق کرکی، علی (۱۴۱۴ق)، ***جامع المقاصد***، جلد ۱۲ و ۱۳، چاپ دوم، قم: مؤسسهٔ آل البیت.
۶۵. مدنی، سیّدجلال‌الدین (۱۳۸۵)، ***حقوق مدنی***، تهران: پایدار.
۶۶. مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین (۱۴۰۶ق)، ***منهاج المؤمنین***، جلد دوم، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانهٔ آیه‌الله مرعشی نجفی.
۶۷. مروج جزائری، سید محمدجعفر (۱۴۱۵ق)، ***منتهی الدرایه***، جلد ششم، چاپ سوم، قم: مؤسسهٔ دارالکتاب.
۶۸. مشکینی اردبیلی، میرزاعلی (۱۴۱۳ق)، ***قاعدة المیسور و نفی الضرر و الاجتهاد و التقلید***، قم: کتاب‌فروشی لقمان.

۶۹. مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱ق)، ***فقه الإمام الصادق علیه السلام***، جلد پنجم، چاپ دوم، قم: مؤسسهٔ انصاریان.

۷۰. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق)، ***أنوار الفقاهة***، چاپ اول، قم: انتشارات مدرسهٔ الإمام علی‌بن أبی طالب علیه‌السلام.

۷۱. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق)، ***کتاب النکاح***، جلد ۱، ۲ و ۶، چاپ اول، قم: انتشارات مدرسه امام علی‌بن ابی طالب علیه‌السلام.

۷۲. موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ق)، ***القواعد الفقهیّه***، جلد اول، چاپ اول، قم: نشر الهادی.

۷۳. موسوی عاملی، محمد (۱۴۱۱ق)، ***نهایة المرام***، جلد اول، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۷۴. میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۴۲۷ق)، ***رسائل المیرزا القمی***، جلد دوم، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

۷۵. نجفی، شیخ محمدحسن (۱۴۰۴ق)، ***جواهر الکلام***، جلد ۲۶، ۲۹ و ۳۱، چاپ هفتم، بیروت: دارإحیاء التراث العربی.

۷۶. نراقی، مولی احمد (۱۴۱۷ق)، ***عوائد الأیام***، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

نشریه علمی مطالعات حقوقی معاصر، سال دهم، شماره نوزدهم، پاییز و زمستان ۹۸، صفحات۲۹۵-۳۱۶

تاریخ دریافت: ۹۸/۰۴/۲۴ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۹/۰۱/۲۵

تکفیر؛ از پیشگیری رشدمدار تا توجیه فلسفیِ جرم‌انگاری

سجاد دانش آرا[۱]
سید سجاد کاظمی[۲]

چکیده

تکفیر در اصطلاح یعنی کافر شمردن. این مفهوم در معنای افراطیِ آن با مهدورالدم بودنِ تکفیرشده ملازم است. تلازمی که درعمل به معضل جهانی تروریسم ایدئولوژیک مبدل شده و معادلات جرم‌شناسانه و پیشگیرانهٔ ملی و بین‌المللی در مبارزه با این پدیده را به‌هم زده است. در این وضعیت با توجه به شکست سیاست‌های کیفری توان‌گیر و سزاگرایانه در مبارزه با تروریسم ایدئولوژیک، ضروری است توجه سیاست‌گذاران کیفری را به مقابله با علت به‌وجود آمدنِ تروریسم (یعنی همان افراطی‌گری در قالبِ تکفیر) معطوف کرد. در این راستا، آن دسته از افراطیونِ مستعدّ تکفیر را می‌توان با شیوه‌های غیرکیفری مهار نمود و دستهٔ دیگر را که دست به تکفیر زده و در آستانهٔ بزهکاری قرار گرفته‌اند از طریق کیفرگذاری و تهدید به مجازات کنترل کرد. بنابراین، لازم است این پدیده را از سنجه‌های مبانی فلسفیِ جرم‌انگاری عبور داده تا از این راه بتوان قانون‌گذار را در ممنوعیتِ قانونیِ تکفیر به‌عنوان محرک اصلی تروریسم معاصر قانع کرد. لذا مقالهٔ حاضر در ابتدا متعرِض پیشگیری کنشی رشدمدار برای جلوگیری از تکفیر است و سپس به توجیه تجریمِ تکفیر بر اساس مبانی فلسفیِ جرم‌انگاری برای پیشگیری از تبدیل نیروهای فعال تکفیری به عوامل تروریستی خواهد پرداخت.

واژگان کلیدی: تکفیر، جرم‌انگاری، مبانی فلسفی.

---

۱. کارشناسی ارشد دانشگاه علوم اسلامی رضوی مشهد، مشهد- ایران sajadroostaei69@gmail.com
۲. استادیار دانشگاه ملایر (نویسنده مسئول) sskazemi92@malayeru.ac.ir

مقدمه

در جهان امروز اندک روزی است که اخبار اسفناک مربوط به جنایاتِ افرادی که خود را مسلمان می‌نامند، نشنویم که با سر دادن شعارهای اسلامی مرتکب رفتارهای خشونت‌باری می‌شوند که همگان را به شک در ذات انسان وامی‌دارد. این درحالی است که رفتارهای آنان باعث شده که انگشت اتهام به سوی اسلام و اسلام‌گرایان نشانه رود تا آنان را عاملان خشونت و تروریسم جهانی بنامند (عیسی‌زاده، ۱۳۹۴، ۹۲). اما پرسش اساسی اینجاست که چگونه می‌شود دینی که سراسر رحمت است به عامل محرکی برای ارتکاب جنایات هولناک مبدل شود؟ واقعیت آن است که همهٔ ادیان الهی برای به سعادت رساندن بشریت از طرف خداوند متعال به بشر ابلاغ شده‌اند و در هیچ‌یک از آن‌ها نه‌تنها دستوری به ارتکاب جنایت یا انحراف وجود ندارد، بلکه گزاف نیست اگر گفته شود که اساساً ارسال رُسُل و انزال کتب برای اصلاح رفتار انسان بوده و یقیناً خیر و صلاح بشر در آن‌ها لحاظ شده است. اما آنچه که ادیان را به محرکی بی‌بدیل برای ارتکاب نسل‌کشی، تجاوز، تخریب و تفتیش عقاید تبدیل کرده، کج‌اندیشی و دور شدن از تعالیم اسلام ناب و سیرهٔ پیشینیانی است که افراطیون به آن تمسک می‌کنند.

بدین‌سان، نیرویی که تکفیریان را به ارتکاب جنایات هولناک سوق می‌دهد بسیار قوی است؛ به‌نحوی که آرمانی به نام «شهادت و جانبازی در راه خدا!»، وضعیت و شرایط پیش‌جنایی آن‌ها را بسیار ویژه می‌کند و فاصلهٔ میان اندیشه (کافر بودنِ غیر هم‌کیشان) تا عمل (کشتار، تجاوز، تخریب و...) را به‌شدت کاهش می‌دهد. بر این پایه، یکی از ابزارهایی که در این فاصله و فرصت محدود می‌تواند در عین مؤثر بودن و پیشگیری از تبدیل نیروهای تکفیری به عوامل تروریستی، حقوق و آزادی‌های آن‌ها را حفظ و از برخوردهای تبعیض‌آمیز جلوگیری کند، استفاده از حقوق کیفری است. با این بیان، اهمیت و ضروری بودن این بحث نیز روشن خواهد شد؛ چه آنکه، تکفیر مقدمهٔ گسترهٔ وسیعی از جرایم است که اگر در همان ابتدا در نطفه خفه نشود، نتایج آن مانند زمان فعلی گریبان‌گیر همهٔ کشورها خواهد شد. لذا تکفیرِ دیگران در آغاز و پیش از آنکه تکفیرگر اقدام به هرگونه عملی نماید، به‌عنوان یک انحراف اجتماعی شناخته می‌شود که باید از سوی کارگزارانِ عرصهٔ سیاست

جنایی پیشگیری شود. زیرا از یک طرف در جهت داشتنِ سیستم جزایی مؤثر جرم‌انگاری باید آخرین راهکار باشد و از طرف دیگر اصولاً علاجِ واقعه پیش از وقوع به‌مراتب آسان‌تر و کم‌هزینه‌تر و اغلب مؤثرتر خواهد بود. یکی از مهم‌ترین راه‌های مبارزه با انحرافات اجتماعی، همگام‌سازی فرد در زمانی است که وی هنوز در سنین کودکی قرار دارد؛ درصورتی که این انحراف به طریقی که گفته خواهد آمد درمان نشود و رفتارِ نابهنجار به نُرم اجتماعی نزدیک نگردد، جرم‌انگاری مؤثرترین راه خواهد بود.

این جرم‌انگاری در حقوق کیفری ایران به لحاظ وضعیت خاص منطقه[1] ضروری می‌نماید؛ به‌ویژه آنکه در برخی مراکز و حوزه‌های علمیهٔ اهل تسنن در ایران، رگه‌هایی از آموزش‌های سَلَفی وجود دارد. هرچند آنان اغلب خود را همسو با جریان‌های تکفیری نمی‌دانند (نظری، ۱۳۹۴، ۴۱)، لیکن درهرحال همواره خطر پیوستن آنان به نیروهای تروریستی وجود دارد، زیرا برخی افراد (مانند تکفیریان) با توجه به حالت خطرناکی که دارند در سلسله وضعیت‌هایی قرار دارند که متعاقباً و درعمل در آن قرار می‌گیرند[2] (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۵، ۲۵۷).

پیش از ورود به توجیه تبویبِ مسائل مطرح‌شده در مقاله لازم است به اشکالی پاسخ داده شود. ممکن است گفته شود آیا اساساً این امکان وجود دارد تا مادامی که عملی مانند تکفیر جرم‌انگاری نشده است از آن پیشگیری شود؟ در پاسخ گفته می‌شود به اعتقاد نگارندگان هیچ تلازمی میانِ پیشگیری کنشی و جرم‌انگاری وجود ندارد و پیشگیری غیرکیفری (کنشی) فرع بر جرم‌انگاری نیست و نه‌تنها آموزه‌های پیشگیرانه منعی در این خصوص ذکر نکرده، بلکه با موضوعیت‌بخشی به پیشگیریِ از جرم، به روش بشردوستانه به حمایت از آن برخاسته‌اند؛ خواه مقدم بر جرم‌انگاری باشد، خواه نباشد. دستِ‌کم در خصوص رفتاری مانند تکفیر که ممکن است جوامع را به نابودی سوق دهد، این تلازم وجود ندارد.

---

۱. امکان سرریز شدن بحران به‌وجود آمده در عراق و سوریه به ایران و قرار گرفتن کشور ما بر لبهٔ تیز بحران و بی‌ثباتی موجود در این دو کشور مسئله‌ای است که شایستهٔ تأمل است (نظری، همان، ۳۹). چه‌بسا با نادیده گرفتن یا کم‌اهمیت دانستن این موضوع، خطری جدی از داخل و خارج از مرزها، ایران را تهدید نماید.

۲. در دانشنامهٔ جرم‌شناسی از این حالت به «پیش‌آگهی اجتماعی» تعبیر شده است (نجفی ابرندآبادی، همان، ۲۵۷).

بنابراین در این جستار تلاش می‌شود تا پدیدهٔ تکفیر با مبانی حقوقی جرم‌انگاری و معیارهای آنان سنجیده شود و پس از عبور از آن‌ها به‌عنوان رفتاری قابل جرم‌انگاری معرفی گردد. واکاوی این مبانی از آن جنبه مهم می‌نماید که ارائه‌کنندهٔ بسترهای فکری به قانون‌گذار است و می‌تواند مقنن را با هر گرایشی به این جرم‌انگاری فراخوانَد. البته ناگفته پیداست که شعار جرم‌شناسی همواره تقدم پیشگیری غیرکیفری بر پیشگیری کیفری است، لیکن در خصوص پدیدهٔ تکفیر باید گفت ترتیب برعکس است؛ چراکه برای جلوگیری از جرایم منتج از آن، نسبت به تکفیرگرانی که در آستانهٔ بزهکاری قرار دارند، با جرم‌انگاری و با پیشگیری‌های کنشی نسبت به سایر افراد باید به اقدامی مؤثر دست یازید. شایان ذکر است مقاله‌ای با عنوان «تکفیر از مبانی ممنوعیت فقهی تا ضرورت جرم‌انگاری» در سال ۱۳۹۵ش انتشار یافته است، لکن موضوع آن در خصوص اثبات حرمت و ضرورت جرم‌انگاری تکفیر می‌باشد و موضوع این جستار آن است که پس از اثبات حرمت و ضرورت جرم‌انگاری تکفیر، این ضرورت را در چه قالب‌هایی از تحدیدات کیفری می‌توان قرار داد و با چه مبناهایی می‌توان جرم‌انگاری نمود؛ لذا در اثباتِ فصلِ دو جستار، بیان تسلسلِ علل ضرورتی ندارد.

نوشتهٔ پیش رو با به‌میان آوردن این پرسش که آیا می‌توان از راه‌های غیرکیفری از وقوع این پدیده پیشگیری نمود؟ و آیا جرم‌انگاری تکفیر بر اساس مبانی فلسفی مرسوم امکان‌پذیر است یا خیر؟ به‌دنبال ارائهٔ راهکارهای پیشگیرانهٔ پیشینی و توجیه جرم‌انگاری آن خواهد بود. لذا با توجه به اینکه هدف اصلی از ایجاد ممنوعیت بر سر راه تکفیر درحقیقت جلوگیری از محقق شدن جرایم و جنایاتی است که منتج از آن است و با توجه به قوی بودن احتمال عملیاتی شدنِ منویات درونیِ شخص، ابتدا به بررسی و کارکرد روش‌های غیرکیفری در پیشگیری از این پدیده با عنوان پیشگیری کنشی رشدمدار از تکفیر، و سپس ذیلِ عنوان مبانی فلسفیِ جرم‌انگاری تکفیر، به توجیه جرم‌انگاری آن خواهیم پرداخت.

۱. پیشگیری رشدمدار از تکفیر

اهمیت کاربستِ آموزه‌های این نوع از پیشگیری آنجا مشخص می‌شود که مطالعات جرم‌شناختی پرده از این واقعیت برمی‌دارد که اغلب کودکان بزهکار در محیط‌های نامناسب

اجتماعی، فرهنگی و خانوادگی رشد می‌یابند. این کودکان افزون بر اینکه موقعیت مناسب تحصیلی و آموزشی نداشته‌اند، از خرده‌فرهنگ‌های بزهکاری نیز الگوبرداری کرده‌اند (متولی‌زاده نائینی، ۱۳۸۶، ج۱، ۱۲۵). بنابراین، هدف از پیشگیری یادشده این است که مجرمان بالقوه را از خطاهای آتی منصرف کند و در این راه نیز تا حدود زیادی موفق بوده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۰، ۸۴۸-۸۴۷). آموزه‌های این نوع پیشگیری در کودکانی که در معرض تفکرات انحرافی- افراطی قرار دارند نیز قابل پیگیری است. این کودکان در خانواده‌هایی که اصولاً والدین یا اطرافیان آن‌ها به تفکرات افراطی گرایش دارند، رشد می‌یابند.

به عبارت بهتر، ازآنجا که ژست و حرکت مجرمانه از ارزش‌های اخلاقی‌ای که مباشر برای آن قائل است، غیرقابل تفکیک است (نجفی ابرندآبادی، همان، ۲۸۶) و این امر به‌خوبی در رفتار افراط‌گرانِ تکفیری نمود می‌یابد. ضروری است نقطهٔ کانونی و تمرکز پیشگیری از جرایم تروریستیِ معاصر، ارزش‌های اخلاقی آن‌ها [در دوران کودکی] قرار گیرد؛ ارزش‌هایی که با آن رشد می‌کنند و به طرز گریزناپذیری ضمیر ناخودآگاه آن‌ها را تحت تأثیر قرار می‌دهند. توفیق نیروهای فعالِ افراطی در جذب افراد خارجی و به‌کارگیری کودکان [اگرچه با رضایت ظاهری] که نشان از نفوذشان در اذهان افرادِ تحت سیطرهٔ خود دارد، گویای این حقیقت است که ارزش‌های یادشده در جان و دلِ مبلغان و جذب‌شدگانِ آن‌ها رخنه کرده است.[1] با اثبات انحرافی بودنِ طرز تفکر رادیکالی از ایدئولوژی‌ای که افراط‌گرایی بر مبنای آن به‌وجود آمده است و بر اساس آن، حکم به کفر بیشتر غیر هم‌کیشان خود می‌دهند،[2] می‌توان پیشگیری مطلوبی را به‌ویژه در همان دوران کودکی و نوجوانی درنظر گرفت. این رهنمود در سیرهٔ امیرالمؤمنین (ع) در برخورد با تکفیریانِ خوارج

۱. در این زمینه گفته شده است، اعتقادات درونی در یک نظام فکری ایدئولوژیک به صورت شهودی و متصلب تحقق می‌یابد و به تمام تردیدها پایان می‌دهد (بشلر، ۱۳۷۰، ۷). افزون بر این اعتقاد، باور افراط‌گرایان به ناعادلانه بودن مناسبات سیاسی- اجتماعی، چهره‌ای کاملاً مظلوم و ستم‌دیده را نزد خودشان از خودشان تداعی می‌کند که هرچه بیشتر آنان را به ارتکاب جنایات گسترده برای بازپس‌گیریِ حقوق ازدست‌رفته‌شان! ترغیب می‌کند.

۲. مرزبندی‌هایی که افراط‌گران بین خودشان و دیگران می‌کشند، به جای پرشدن از تعامل و تبادل، با غلبهٔ تنفر، تکفیر، تهدید و کشتار هویت‌های رغیب به مرزهای خونین تبدیل شده است (جمالی، ۱۳۹۰، ۱۵۷).

به‌کار رفت و تعداد بسیار زیادی را به راه حق هدایت نمود (سبحانی، ۱۳۷۴، ۶۴۷؛ رشاد، ۱۳۸۰، ج۹، ۲۵۵). وصول به این اثبات و مداخلهٔ پیشگیرانه در این نوع از پیشگیری می‌تواند از طریق آموزش‌های همگانی، اعلام و تثبیتِ برتری نداشتن هیچ دین یا مذهبی بر دیگری در رسانه‌های جمعی و مدارس، آموزشِ وحدت‌گرایی در عینِ تکثر مذهبی، توانمندسازیِ افراد به پذیرشِ زندگی و استمرار آن در کنارِ عقاید متفاوت از او و ... باشد. موارد یادشده در عینِ ورودِ پیشگیرانه، غیرکیفری‌اند.

بدین‌سان، راهبرد پیشگیری رشدمدار از جرم و اولویت کنش بر واکنش نسبت به همهٔ جرایم و انحرافاتی که ممکن است در آینده گریبان‌گیر جامعه شود، ازجمله در پدیدهٔ تکفیر، قابل اجراست. کافی است به شناسایی کودکان در معرض خطر پرداخته شود و پس از غربال آن‌ها به اصلاح خصوصیات شخصیتی و تقویت مهارت‌های اجتماعی و بازشناسی آموزه‌های حقیقی دینی و مذهبی از آموزه‌های انحرافی‌ای که به آن‌ها القا شده است، دست یازید. چراکه درست است شرایط محیطی خطرناک مدارس نامطلوب، تعاملات اجتماعی منفی و عوامل استرس‌زای اجتماعی فرد را به سطوح بالاتری از خطرناکی می‌کشانند، لکن سرانجام خطاهای شناختی یا فرایند تفکر منفی و شخصیت اوست که ضربهٔ نهایی را وارد می‌سازد. پس گزاف نیست اگر معیار و ملاک اصلی در آسیب‌پذیری و افراطی شدنِ تفکرات مذهبیِ کودکانِ در معرضِ تکفیر را، سن کم و استعداد بسیار بالای یادگیری مشاهده‌ای آن‌ها بدانیم. علائم خطر در بزهکاری زودرسی را که این پژوهش به دنبال خنثی‌سازی آن است، نباید در خودآگاهِ کودکی که اطراف وی از تکفیر بحث می‌شود جستجو کرد، بلکه همین که کودک در آن شرایط در حال رشد است و شرایط موصوف وی را به سوی تکفیر سوق می‌دهد، به انضمام اینکه کودک در خانواده‌ای که از نظر اقتصادی ضعیف است متولد شده، افراد غیرهم‌کیش خود را کسانی بداند که در حق آن‌ها ظلم روا داشته‌اند، کودک را در خطر بزهکاری زودرس قرار می‌دهد.

ازآنجا که اختلال در سیر رشد کودکان به خطاهای شناختی و درنهایت رفتار نابهنجار منجر می‌شود، اصلاح و بازسازگاری نگرش و شخصیت اطفال به همراه توانمندسازی ایشان برای برقراری روابط طبیعی انسانی با دیگران و نهادینه نمودن رفتارهای شایسته در کودکان

که از شاخصه‌های مهم پیشگیری رشدمدار است (دارابی، ۱۳۹۵، ۱۲۷)، به کودکانی که در معرض تفکرات افراطیِ پذیرشِ هویتِ مبتنی بر شریعتِ جهادگرا[۱] هستند، کمک شایان توجهی خواهد کرد. البته به‌ویژه در این مورد که مربوط به جرایمی است که افراد با اعتقاد راسخ و کامل آن را انجام می‌دهند، بازگشتِ پیشگیری رشدمدار به پیشگیری جامعه‌مدار است؛ چراکه تا زمانی که محیط اطراف و خانوادهٔ کودک، درگیر مسائل افراطیِ مذهبی هستند، معقول نیست چشم به پیشگیری رشدمدار دوخته شود، زیرا پایه‌های اجتماعی شدن و اولین کانون تربیت و پرورش کودک خانواده است (همان، ۱۲۹–۱۲۸). از چنین خانواده‌ای انتظاری جز تزریق آنچه که به آن معتقد است در تفکرات فرزندان نمی‌رود؛ بنابراین، اگر جامعه و به‌طور مشخص والدین از این نوع تفکرات رهایی یابند، می‌توان به پیشگیری زودرس نیز امیدوار بود.

به این ترتیب، کاربست پیشگیری رشدمدار با پیشگیری جامعه‌مدار گره می‌خورد و اجرای دومی منوط به اجرای صحیح اولی خواهد بود.

با توجه به اینکه جرایم منتج از تکفیر برخاسته از منویات درونی افرادی است که تحت تأثیر تفکرات انحرافی قرار گرفته‌اند و این مذهب اوست که محرک اصلی وی در ارتکاب جرایم است، باید گفت که اولاً به‌کارگیری پیشگیری‌هایی مانند پیشگیری وضعی برای جلوگیری از جرایم آن‌ها کاری است عبث‌تر از کوبیدن آب در هاون! چراکه هیچ مانعی نمی‌تواند جلوی آن‌ها را در محقق ساختن اهدافشان بگیرد. بهترین شاهد این ادعا مجازات‌های پی‌درپی است که در کشورهای مختلف برای مرتکبان جرایم تروریستی درنظر گرفته شده است و بیشتر این مجازات‌ها نیز از نوع شدید و توان‌کاه شمرده می‌شوند، لیکن هیچ‌کدام از این مجازات‌ها نتوانسته‌اند این جرایم را کاهش دهند، بلکه روز به روز به تعداد این جرایم (تروریستی) افزوده شده است (اصغری و روستائی، ۱۳۹۵، ۱۲۵). ثانیاً این پیشگیری باید عادلانه و با رعایت کرامت انسانی صورت پذیرد. همان‌طور که مشهود است، تکفیریان ظرفیت بسیار بالایی در ارتکاب جرایم خشونت‌بار آن هم به‌طور بسیار گسترده دارند و در این راه هم ثابت‌قدم هستند، لذا روشنگری و بیدار کردن وجدان آن‌ها باید با

۱. Identity-based jihadist Sharia

احتیاط کامل و به‌دور از هرگونه توهین و تحقیر و تعصب صورت پذیرد تا این افراد را به راه هدایت و روشن پیش برد. چراکه اقدامات مداخله‌ای در قالب این نوع از پیشگیری که جنبهٔ تقویت‌کننده و توانمندسازیِ [اعتقادی] داشته باشند، افزون بر اینکه احساس خوبی در کودکانِ در معرض خطر و مجریانِ قانون ایجاد می‌کند، کمتر کودکان را در معرض برچسب منفی قرار می‌دهد (آرگراس، ۱۳۸۶، ۱۹۸-۱۹۷). اما اگر حتی به صورت کاملاً اتفاقی نیز به کرامت انسانی‌ای که آن‌ها برای خود ترسیم کرده‌اند، آسیبی وارد شود، تعالیمی که گفته شد اثری معکوس یافته، عزم آنان را برای ستاندن حق خود و خدای خود و اجرای هرچه زودتر تعالیم منحرف‌شدهٔ مذهب خود جدی‌تر می‌نماید.

ناگفته نماندکه بحث از پیشگیری کنشی در این مجال در خصوص کلیهٔ خانواده‌ها و محیط‌هایی که افراطی‌گری در آن‌ها وجود دارد، قابل طرح خواهد بود و بهترین راه درمان انحراف، پیشگیری رشدمدار- جامعه‌مدار به شیوهٔ یادشده است.

۲. مبانی فلسفیِ جرم‌انگاری پدیدهٔ تکفیر

در این بخش تلاش می‌شود تا با پیشنهاد جرم‌انگاری تکفیر، جلوی تحریک و تروریست شدنِ آن تعداد از تکفیریان که با شیوه‌های غیرکیفری از افراطی‌گری دست نمی‌کشند، گرفته شود و سپس به‌عنوان پدیده‌ای که قابلیت تجریم از طرف دولت‌ها را- با هر گرایش فکری- دارد باید معرفی و توجیه شود تا از این طریق درعمل بتوان به جرم‌انگاریِ این پدیده در پرتو مبانی آن چشم دوخت.

۱,۲. اخلاق‌گرایی قانونی[۱]

اخلاق‌گرایی قانونی به معنای به‌کارگیری مجازات به‌منظور حفظ و ترویج موازین اخلاقی است. رویکرد معتدل اخلاق‌گرایی قانونی معتقد است که اخلاق متعارف جامعه موجب تداوم و استحکام جامعه بوده، وجدان جمعی را بیدار خواهد کرد و نقض این اصول اخلاقی باعث اخلال در نظم و انسجام جامعه شده، وجدان جمعی را علیه آن می‌شوراند. لرد

۱. Legale Moralism

دولین[1] از مدافعان این نظریه است (آقابابایی، ۱۳۹۳، ۱۰).

در این مبنا، عملی که ذاتاً غیراخلاقی است قابل جرم‌انگاری خواهد بود. البته عبارت «ذاتاً غیراخلاقی»[2] در تعابیر طرف‌داران اخلاق‌گرایی قانونی به معنای جرم‌شناختن هرگونه عمل ضد اخلاقی اعضای اجتماع نیست، بلکه مراد از این مفهوم، جرم‌انگاری آن دسته از اعمال ضد اخلاقی است که «اخلاق متعارف»[3] جامعه آن را مذموم می‌شمارد. این برداشت از اخلاق‌گرایی قانونی، تعبیر محدودی از اخلاق‌گرایی در معنای گستردهٔ آن است که طبق آن تصور می‌شود دولت حق دارد از هرگونه رفتار غیراخلاقی- اگرچه غیرزیان‌بار برای دیگران- جلوگیری کند. در چنین معنایی جامعه به‌مثابهٔ نهادی فرض می‌شود که اعضای آن بر اساس باورهای اخلاقی مشترک (نه بر اساس یک حقیقت اخلاقی محض) به‌هم پیوند می‌خورند؛ ولو اینکه آن باورها غیرعقلانی و از روی ناآگاهی شکل گرفته باشند. پس، هدف نهایی اخلاق‌گرایی قانونی کیفردهی اعمالی است که از یک سو، اخلاق متعارف و وجدان جمعی آن‌ها را برنمی‌تابد (Durkheim, 1968, 187) و از سویی دیگر، آن اعمال با اصولی چون اصل ضرر قابل کیفر نباشد (رستمی، ۱۳۹۳، ۶۶). ازاین‌رو، اخلاق‌گرایی حتی در تفسیر افراطی آن، وجود یک حقوق کیفری با سیاههٔ طولانی از جرایم را که متضمن الزامی کردن هرآنچه که اخلاق به‌ماهو اخلاق باشد، برنمی‌تابد.

همهٔ ایراداتی که به این مبنا برای جرم‌انگاری ممکن است وارد شود، ناشی از تفکر نسبی‌گرایی اخلاقی است که خود نیز ریشه در تفکرات اومانیسمی دارد. دلیل این مطلب هم آن است که آن‌ها شناخت حسی را تنها راه تماس با واقعیت خارجی می‌دانند. بر این اساس، چون محور را داده‌های حسی قرار دادند و محدودیت آن برای آن‌ها مشهود شد و خطاهای آن را دیدند، به مصونیت شناخت در جهان خارج شک کردند (جوادی آملی، ۱۳۸۶، ۲۷۱).

لیکن در نظام‌های فکریِ ایدئولوژیک مانند مکتب اسلام که با تکیه بر اعتقادات دینی و دریافت‌های عقلی، احکام اخلاقی را کاشف از واقع می‌دانند و منکر جعلی بودن این اصول

---

۱ Lord Devlin
۲ Inherently Immoral
۳ Positive Morality

هستند و مطلق بودن اخلاق[۱]را به‌عنوان یک ره‌آوردِ بزرگ از جانب باری تعالی به جوامع بشری هدیه کردند، این اشکالات وجود ندارد. چراکه در این نظام، اعتقاد بر آن است که آموزه‌ها و ضوابطی وجود دارد که منطبق با واقعیت و طبیعت بشر است. بر این مبنا، نه‌تنها اندیشیدنِ سازوکارهای (سلبی یا ایجابی یا...)[۲]در راه به‌کارگیری تعالیم و اصول اخلاقیِ اسلامی از سوی اولی‌الامران[۳]مذموم نیست و دخالت در زندگیِ مردم شمرده نمی‌شود، بلکه در نگاه باورمندانِ واقعی به آن، ممدوح نیز هست. با این وصف، اطلاق عوام‌گرایی در گزاره‌های اخلاقی هم موضوعیتی نخواهد داشت.

اعتقاد در این نظام فکری بر هدایت دائمی از سوی خداوند بر کل جهان استوار است که همواره کل هستی ازجمله نوع انسان را دائماً به سوی سعادت و خیر دلالت می‌کند (طباطبایی، ۱۳۷۴، ۵۳).

پرسش مهمی که در این مجال به ذهن خطور می‌کند این است که اخلاق متعارف جامعه که نرمالیتهٔ اجتماعی (وضعیت قالب رفتاری) را تشکیل می‌دهد، چه جایگاهی در سیاست جنایی تقنینی اسلام دارد؟ به‌طور خلاصه می‌توان گفت، اخلاق متعارف یا در تعارض با احکام منطقهٔ کنترل‌شده (یعنی رفتارهایی که با احکام ملزمهٔ واجب و حرام از آن‌ها به‌شدت حمایت می‌شود) قرار می‌گیرد، و یا در تعارض با رفتارهایی است که با احکام غیرملزمه (مستحب، مکروه و مباح) حمایت شده‌اند. در هر دو صورت، اگر آن نُرم آن‌چنان در جامعه نهادینه شده باشد که با مصلحت عمومی، نه به‌مثابهٔ جمع عددی مصلحت‌های فردی،[۴] بلکه با مصلحت حکومت اسلامی یا مصلحت حیات جمعی[۱]به‌مثابهٔ مصلحت حیات

---

۱ . در این زمینه مرحوم علامه طباطبایی معتقد است: همهٔ اجزای دین اسلام اگر تجزیه شوند، به توحید برمی‌گردند و توحید اگر ترکیب و تحلیل شود، به صورت اخلاق و اعمال درمی‌آید. اگر توحید از مقام عالی اعتقادی فرود آید، اخلاق و اعمال می‌شود و اگر اخلاق و اعمال از درجهٔ نازل خود بالا بروند، توحید خواهند بود (طباطبایی، ۱۳۸۷، ۸۶). لازمهٔ این تعبیر مطلق بودنِ اخلاق است.

۲ . مانند فرهنگ‌سازی اخلاق اسلامی، تصویب قوانین حمایتی، امر به معروف و نهی از منکر و درنهایت تعزیر.

۳ . یا أَیُّها الَّذِینَ آمَنُوا أَطِیعُوا اللَّهَ وَأَطِیعُوا الرَّسُولَ وَأُولِی الأَمرِ مِنْکُمْ(نساء: ۵۹). بنابر اعتقاد امامیه، منظور از اولی‌الامر امامان معصوم (ع) هستند که در غیاب ایشان، بنابر حدیث توقیع شریف، روایت‌کنندگان احادیثِ حضرات معصومین (ع) این مسئولیت خطیر را به‌عهده دارند.

۴ . به فرض امکان احتساب عدد مصالح فردی، بیش از آنکه به روشن شدن مفهوم مصلحت عمومی کمک کند، موجب بروز مسائل و مشکلات پیچیدهٔ عملی و نظری در این حوزه می‌شود (راسخ، ۱۳۹۰، ۱۰۰).

انسان در تعارض قرار گیرد، اقدام بر آن مبنا ذیل عناوین حکم حکومتی یا حکم ثانوی اولویت می‌یابد.

پس از تحلیل اخلاق‌گرایی قانونی به‌عنوان یکی از مهم‌ترین مبانی جرم‌انگاری، پرسشی که به مناسبت بحث در اینجا و در مورد تکفیر مطرح می‌شود این است که آیا ضد اخلاق بودنِ تکفیرِ اصطلاحی به حدی رسیده است که بتواند انزجار جامعهٔ ایرانی و بلکه جهانی را برانگیزد و جرم‌انگاری آن را تجویز نماید؟ نفرت و خشم جوامع انسانی در خصوص تکفیر نیاز به هیچ استناد، استدلال و آمارگیری ندارد. این رفتار نزد اخلاقی که از عقل آدمی برخاسته، نزد اخلاقی که دین آن را شناسانده، و نزد اخلاقی که در سنن و رسوم جوامع متولد گشته، ناپسند و مذموم است؛ چراکه کافر قلمداد کردن دیگران درحقیقت تجاوز به حریم اعتقادی فرد و نادیده گرفتن آزادی عقیده است؛ با این پرسش که «چرا هم‌کیشِ من نیستی؟» پس «یا اعتقاد مرا بپذیر یا کشته شو!». ناپسند بودن این گفتمان نزد هیچ عقل و اخلاقی پوشیده نیست؛ زیرا آزادی عقیده از ابتدایی‌ترین حقوقی است که با خلقت بشر به‌وجود آمده است.

انزجار این پدیده در جهان تاجایی است که زمانی که مسلمانی در حال گفتن الله‌اکبر مشاهده شود، حتی اگر در حال ارتکاب هیچ جرمی نباشد، مفهومی جز تروریست و خشونت را به دیگران منتقل نمی‌کند. حتی بعید به‌نظر می‌رسد، این رفتار نزد انسان آزاده‌ای! که به هیچ‌کدام از اخلاق‌های سه‌گانه و ملهمات آن‌ها پایبند نیست، پسندیده و محبوب باشد. البته به‌نظر می‌رسد، اشکالی که لیبرال‌ها مطرح کردند مبنی بر نادیده گرفته شدنِ نظرِ اقلیت و انحلالِ آن از دیدگاه اکثریت، در جرم‌انگاری تکفیر بنا بر این مبنا وارد نباشد؛ چراکه به‌کارگیریِ مبنای اخلاق‌گرایی قانونی برای جرم‌انگاری در مواردی که نه‌تنها اجماع جامعهٔ ایران بلکه اجماع جامعهٔ جهانی بر مذموم و قابل سرزنش بودن تکفیر واقع شده است،

---

۱ . مصلحت حیات جمعی مصلحتی است که نبود آن اصل حیات جمعی را قطعاً تهدید می‌کند؛ یعنی اگر انسان‌ها بنا به هر دلیلی تصمیم بگیرند در جمع زندگی کنند باید افعالی را ترک (وجه سلبی) و یا اعمالی را انجام دهند (وجه ایجابی)، بنابراین در حفظ و استمرار مصلحت عمومی نمی‌توان و نباید به خواست و تمایل افراد و گروه‌ها و تجمعات توجه کرد (همان، ۱۰۶). نظم، امنیت، رفاه حداقلی، بهداشت حداقلی و حتی به‌عنوان گزاره‌ای قابل بحث، آموزش عمومی از مصادیق مصلحت عمومی درنظر گرفته می‌شوند (برای مشاهدهٔ جزئیات بیشتر، ر.ک. همان، ۱۰۷به بعد).

رفتاری برخاسته از متن جامعه خواهد بود. این اشکال زمانی وارد است که این مبنا به‌عنوان مبنایی کلی و عمومیت‌یافته، زیربنای کلیهٔ جرم‌انگاری‌های قانون‌گذار را تشکیل دهد، نه اینکه به صورت کاملاً موردی و در جهت پاسخ‌گویی به شدیدترین احساسات اجتماع مورد استفاده قرار گیرد.

بنابراین، تکفیر با این مبنا هم مانند مبنای پدرسالاری قانونی قابل جرم‌انگاری خواهد بود؛ چراکه نه‌تنها تروریسم نزد جامعه منفور است، بلکه یقیناً تمام رفتارهایی (مانند تکفیر) که به آن منتهی شود هم قابلیت سرزنش اجتماعی را یافته است.

۲,۲. اصل ضرر[1]

ضرر رفتار آسیب‌رسان و زیان‌آور به دیگری در آغاز امر به حکم عقل قبیح است که این از سوی شرع به تأیید رسیده است و یکی از مهم‌ترین اصول جرم‌انگاری در تمامی نظام‌های حقوقی دنیا به‌شمار می‌رود. ازاین‌رو، قدیمی‌ترین اصل موجه‌ساز برای نقض آزادی اراده و دخالت در جرم‌انگاری را ضرر به دیگری دانسته‌اند (توکلی، ۱۳۹۴، ۵۸).

این اصل مهم‌ترین مبنا برای جرم‌انگاری در نظام‌های لیبرالیستی است. در این نظام، قانون‌گذار حق جرم‌انگاری نسبت به کنش‌های غیراخلاقی و ناهمگون با هنجارهای اجتماعی را ندارد، چون کسی از این اعمال متضرر نمی‌شود و مرتکبان صرفاً رفتاری نامتعارف پیشه ساخته‌اند. این اندیشه در این نظام بداهتاً پذیرفتنی است که فرد لیبرالی اجازه دارد که تا زمانی که رفتارش آسیب‌رسان نباشد، هرآنچه می‌خواهد انجام دهد، ولو اخلاقاً مذموم باشد (استوارت، ۱۳۹۲، ۱۲۶۳ و ۱۲۸۷). بنابراین، رفتارهایی همچون رباخواری، شرب خمر، مصرف مواد مخدر و یا حتی زنا، به دستاویز اصل ضرر به غیر، از حوزهٔ مداخلات کیفری کنار گذاشته می‌شوند.[2] تمامی این موارد مربوط به حریم خصوصی افرادند و ضرر به دیگری در آن‌ها اساساً متصور نیست؛ مگر آنکه ارتکاب آن‌ها در معابر عمومی صورت بگیرد

1. Principle Of harm

۲. البته این به آن معنا نیست که هر رفتاری که ضرری برای دیگران نداشت غیرقابل جرم‌انگاری است، بلکه بدان معناست که با ممنوعیت آن‌ها بر مبنای اصل ضرر قابلیت توجیه ندارد، اما شاید بتوان بنابر اصول دیگری مانند پدرسالاری یا اخلاق‌گرایی ممنوعیتِ رفتاری را توجیه نمود.

که در آن صورت به دلیل تظاهر در خارج شاید قابل کیفر باشند.

معادل این اصل در اسلام، قاعدهٔ «لاضرر» است. تنها این قاعده است که در مقام تناظر با اصل ضرر و قبل از آن پا به عرصهٔ ظهور نهاده است. این قاعده مربوط به تمامی ابواب فقه بوده و یک قاعدهٔ فقهی عام است؛ یعنی فرمولی بسیار کلی که منشأ استنباط در موارد مختلف قرار می‌گیرد (ریسونی، ۱۳۷۶، ۳۶). این قاعده بر تمام قواعد دیگر فقهی حکومت دارد و کار آن تعدیل و کنترل دیگر قوانین است (مطهری، ۱۳۵۱، ۳۶). ازاین‌رو برخی بر این باورند که اگر فقه بر پنج قاعده استوار باشد یکی از آن‌ها قاعدهٔ لاضرر است (سیوطی، بی‌تا، ۱۲۲) و منظور از آن نهی و نفی هرگونه ضرر در اسلام است.

افزون بر ادلهٔ نقلی (کلینی، ۱۴۰۷م، ۲۹۲)، حکم ضروری عقل نیز بر لزوم پرهیز از ضرر در برخی فروعات فقهی مورد استناد فقهیان شیعه قرار گرفته است (نظری توکلی، ۱۳۸۱، ۳۹)؛ بنابراین، معنای اصل ضرر با قاعدهٔ لاضرر به‌عنوان یک قاعدهٔ هنجار در جرم‌انگاری، همسان است.

حال به ارتباط این مباحث با مسئلهٔ تکفیر بپردازیم. تکفیریان با کافر پنداشتن غیرهم‌کیشانِ خود درحقیقت به عقیدهٔ آنان حمله می‌کنند. گویی با این کار می‌گویند: «نباید این باور را داشته باشید»، «همهٔ شما کافرید!» و «باید کشته شوید» و... . تجاوز به حریم اعتقادات ازجمله ضررهایی محسوب می‌شود که عقل و نقل در حرمت آن مستقل هستند؛ چراکه تکفیر دیگران به‌عنوان یک «رفتار مبتنی بر نفرت»، نه‌تنها به بزه‌دیدهٔ مستقیم خود آسیب می‌زند، بلکه موجب صدمات شدیدتر به هم‌گروهان بزه‌دیده و در سطح گسترده‌تر به جامعه می‌شود (عباچی، ۱۳۸۸، ۵۶۸).

چنانچه گفته شد حمله به اعتقاد و باور، ضرر محسوب نمی‌شود، چراکه محسوس و مادی و خارجی نیست.[۱] در پاسخ گفته می‌شود که سلب آزادی عقیدهٔ دیگران اگر ضرر برای

۱. البته باید دقت داشت که منظور از ضرر را نباید تنها ضررهایی دانست که در گفتگوهای روزمره به‌کار می‌رود. ممکن است وقوع امری واقعاً و عرفاً ضرر باشد، ولی چون مردم با آن برخوردی نداشتند و مبتلابه نیست، آن را ضرر ندانند. بنابراین، ملاک سنجش باید عرف واقعی و قابل اعتماد باشد. به‌نظر می‌رسد، نادیده گرفتن آزادی عقیده که یکی از مهم‌ترین و ابتدایی‌ترین حقوق افراد، از ابتدای خلقت تا به ازل است، از سوی تکفیرگر نادیده گرفته می‌شود و این ضرری آشکار خواهد بود.

مُحقّینِ آن عقیده نیست، پس چه نامی بر آن می‌توان گذارد؟ بر فرض که از پذیرفتن و اطلاق ضرر ابا شود، باز هم گفته خواهد شد ضرر بالقوه در اینجا وجود دارد و آن اقدام به عملی است که ممکن است تکفیرگر پس از صدور حکم به کفر، نسبت به جان و مال و ناموس تکفیرشده نماید، و این ضرری بالقوه و محتملی بسیار قوی است که تکفیریان تروریست در اثبات آن به همهٔ جهان از هیچ کوششی دریغ نکردند و در این راه هم بسیار موفق بودند. البته ناگفته نماند که این اشکال ممکن است بنابر اصل ضرر در جرم‌انگاری وارد آید، اما بر طبق قاعدهٔ لاضرر این اشکال پیش نخواهد آمد؛ چراکه در قاعدهٔ لاضرر، ایراد ضررهای معنوی نظیر تضییق و ایصال مکروه نیز منهیٌ‌عنه واقع شده‌اند (خمینی، بی‌تا، ج۱، ۳۲) و آن‌ها نیز قابلیت جرم‌انگاری را مطابق این قاعده دارند.

۳,۲. حفظ کلیات پنج‌گانهٔ حیات انسانی

مقاصد شریعت آن مقاصدی هستند که شریعت اسلامی برای برپایی آن‌ها اهتمام می‌ورزد و مرادفِ علت، غایت، هدف و حکمت است (خلیلی، ۱۳۹۱، ۵۵). بنابراین، ذیل عنوان «فلسفهٔ فقه» قرار می‌گیرند (محصلی، ۱۳۹۱، ۱۰۳-۱۰۲). به همین دلیل، بحث از تأسیس قاعده‌ای هنجارین برای جرم‌انگاری در کلیات پنج‌گانهٔ حیات انسانی که یکی از مواردی است که شارع به‌عنوان یکی از مقاصد تشریع احکام به آن توجه ویژه‌ای دارد، بحثی فلسفی خواهد بود که در پیِ ساختن مبنایی برای حفظ کلیات پنج‌گانه از طریق جرم‌انگاری است.

بحث از مقاصد شریعت تا قرن دوم به صورت نامنظم پیگیری می‌شد تا اینکه در قرن دوم با کتاب البرهان فی اصول فقه امام‌الحرمین جوینی سامان داده شد. او پس از طرح مباحث مختلف، حول محورِ مقاصد شریعت، آن‌ها را به پنج دسته تقسیم کرد: احکامی که آن‌ها را ضروریات نامید، مانند قصاص؛ احکام مربوط به حوائج عمومی (حاجیات)، مانند معاملات روزمرهٔ مردم؛ احکام مربوط به تحسینیات که سبب آراستگی انسان و دوری او از پلیدی می‌گردد، مانند طهارت؛ کمالیات، مانند امتثال مستحبات؛ و درنهایت تعبدیات که تعلیل‌ناپذیر بوده، حکم روشن ندارند (جوینی، ۱۴۰۰ق، ج۲، ۹۲۳ و ۹۲۷ و ۹۴۷).

مقاصد یا مصالح ضروری (ضروریات)، مقاصدی‌اند که حفظ و استمرار زندگی انسان‌ها

بسته به وجود آن‌ها دارد و عدم آن‌ها حیات بشریت را مختل می‌سازد. این نوع از ارزش‌ها و مقاصد که بسیاری از احکام و دستورات اسلام برای محقق ساختن و تأمین آن‌ها تشریع شده‌اند با نام «کلیات پنج‌گانهٔ حیات انسانی» یاد می‌شوند که عبارت‌اند از: دین، نفس، عقل، نسل و مال. شریعت از دو نظر متعرضِ این پنج مورد می‌شود؛ نخست از نظر ایجاد و تحقق آن‌ها، و دوم از نظر حفظ بقای آن‌ها (البدوی، ۲۰۰۰م، ۱۲۵).

امام محمد غزالی با ادبیاتِ منحصر به فردش در این خصوص عرضه می‌دارد: مقاصد شارع پنج مورد است و آن حفاظت از دین، نفس، عقل، نسل و مالِ مردم است. پس، هر آن چیزی که متضمن حفظ این اصول باشد، مصلحت دارد و هر آن چیزی که موجب فوت این اصول شود، مفسده است و دفع این مفاسد نیز مصلحت است (غزالی طوسی، ۱۴۱۷ق، ج۱، ۴۱۶-۴۱۷). در میان فقهای امامیه، سید مرتضی در کتاب الذریعه متعرض این بحث شده است (علیدوست، ۱۳۸۴، ۱۲۴).

بدیهی است که حفظ این مصالح پنج‌گانه یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های شارع مقدس را تشکیل خواهد داد. در همین راستا، بر حاکم و حکومت اسلامی است که پس از اصطیاد از عملکرد شارع در حفظ و تأمین امنیتِ مصالح پنج‌گانه، در دفاع از حریمِ این مصالح تدابیر لازم را اتخاذ نماید. این موارد آن‌قدر مهم هستند که بنابر روایتی منقول از رسول اکرم(ص)، حریم باری تعالی به‌حساب می‌آیند[۱]؛ چراکه تجاوز به آن‌ها حرام است و لذا دفاع از حریم خداوند متعال نه‌تنها از وظایف حاکم اسلامی، بلکه همهٔ مؤمنان محسوب می‌شود. این روایت ملاک بسیار مناسبی را برای جرم‌انگاری و کاربستِ محدودیت به‌دست می‌دهد و آن ممنوعیت ورود افراد به وضعیت‌ها، مناطق، مراحل و مواردی است که ممکن است آن‌ها را به ارتکاب اعمالی واصل کند که خداوند متعال مهم‌ترین هدف از ارسال رُسُل و انزال کتبش را حمایت و حفاظت از آن‌ها قرار داده است؛ چرا که نبودِ آن‌ها به معنای اختلال در نظام بوده، زندگی و حیات بشری را مختل می‌سازد.

آنچه که در مورد تکفیر آشکار می‌نماید این است که ارتکاب این رفتار، فردِ مرتکب را

۱. وَ رُوِیَ عَنِ النَّبِیِّ ص أَنَّهُ قَالَ أَلَا إِنَّ لِکُلِّ مَلِکٍ حِمًی وَ إِنَّ حِمَی اللَّهِ مَحَارِمُهُ فَمَنْ رَتَعَ حَوْلَ الْحِمَی أَوْشَکَ أَنْ یَقَعَ فِیهِ.

دقیقاً به لبهٔ پرتگاهِ ورود به حریم الهی قرار می‌دهد؛ قتلْ ورود به حریمِ نفس، و تجاوزْ ورود به نسل است. کفر یا ارتداد و البته تکفیرِ دیگران، ورود به دین، و سرقت یا اتلاف یا تصرف یا تخریب، ورود به مال است. همان‌طور که با رأی شارع مقدس، قانون‌گذار می‌تواند از اختلاط بی‌مورد و محرّکِ دو جنس مخالف، نشانه رفتن آلت قتاله به سمت دیگری به قصد قتل، خرید و فروش و نگهداری خمر و ساخت کلید برای ارتکاب سرقت با عنوان شروع به جرم، جلوگیری نماید؛ چرا برای تکفیر که مصالح خمسه را نشانه رفته، تهدید می‌کند، نتواند دست به جرم‌انگاری بزند؟ آیا واقعاً خطری که پس از ساخت کلید برای ارتکاب سرقت و یا بیع خمر جامعه را تهدید می‌کند بیشتر از رفتار تکفیری است؟ بنابراین، ضروری است که قانون‌گذار با ورودی سنجیده و زودهنگام، از مقاصد و اهداف شریعت دفاع نموده، موضع خود را به رخ بکشاند.

۴,۲. نظم عمومی

اصطلاح نظم عمومی که متشکل از دو کلمهٔ نظم به معنای آراستن و ترتیب دادن (عمید، ۱۳۷۷، ۱۲۳۳) و عمومی به معنای شامل شدن و فراگیر است که در مفهوم حقوقی و بعد از حمایت قانون از آن، به مجموعه تأسیسات و قواعدی که در یک کشور به‌منظور حفظ نظم و اجرای خدمات عمومی در روابط مردم برقرار شده اطلاق می‌گردد که افراد اصولاً نمی‌توانند به‌وسیلهٔ تراضی و قرارداد، آن‌ها را نقض نمایند (نصیری، ۱۳۷۲، ۱۸۸).

پیامِ برهم خوردن نظم عمومی، ایجاد هرج و مرج و اختلال در نظام معاش و زندگیِ شهروندان خواهد بود. حراست از نظم عمومی به‌قدری مهم است که توانسته است به‌مانند یکی از مبانی مهم در جرم‌انگاری به‌حساب آید و دولت‌ها را در تحدید حقوق و آزادی‌های افراد قانع نماید. این اهمیت تا جایی است که به‌جز تعداد محدود و انگشت‌شماری از جرایم در قانون مجازات اسلامی ایران، سایر جرایم دارای جنبهٔ عمومی بوده، به‌نوعی با نظم عمومی اصطکاک پیدا کرده‌اند؛ یعنی اصل بر این است که ارتکاب جرایم تعرض به نظم عمومی است و خلاف آن نیاز به تصریح دارد.

کوتاه سخن آنکه به‌نظر می‌رسد کافر خواندن دیگران به‌نوعی با نظم عمومی درگیر باشد؛ به این نحو که وقتی پیروان یک مذهب، مذهبِ دیگر را انحرافی و پیروانش را کافر

قلمداد کنند ممکن است مذهب یا فرد تکفیرشده در مقام دفاع از خود و اعتقادش به صورت متقابل دست به تکفیر طرف مقابل بزند و ازآنجا که اطلاق لفظ کافر در فرهنگ اسلامی دارای بار حقوقی فراوانی است که یکی از مهم‌ترین آن‌ها مهدورالدم بودن کافر و چگونگی به قتل رساندن اوست؛ بنابراین، قانون‌گذار می‌تواند برای جلوگیری از این بی‌نظمی‌ها که ممکن است به برهم خوردن نظم عمومی بینجامد، به جرم‌انگاری دست یازد. از همه مهم‌تر اینکه، جرم‌انگاری بر مبنای نظم عمومی تنها زمانی بسیار مؤثر و پیش‌گیرنده عمل می‌کند که قبل از به‌هم خوردن نظم عمومی، افرادی که با رفتارهای انحرافی خود ممکن است آن نظم را به‌خطر بیندازند، متنبه سازد، وگرنه اعمال مجازات آن هم پس از برهم خوردن نظم عمومی از کارایی حقوق جزا می‌کاهد و بیشتر جنبهٔ تشفی خاطر پیدا می‌کند تا پیش‌گیرندگی.

نتیجه

با توجه به رشد و تکثیر روزافزون پدیدهٔ تروریسم در جهان، به جرئت می‌توان گفت، کاربست سیاست تسامح صفر و پارادایم جنگ علیه تروریسم (دست‌کم در مورد تروریسم ایدئولوژیک)، سیاستی است کاملاً شکست‌خورده که نه‌تنها این ناکارآمدی جای هیچ‌گونه دفاعی را باقی نگذاشته، بلکه سبب افول کارایی حقوق کیفری در مواجهه با تروریسم نیز شده است. علت این شکست هم توجهِ صرف به چگونگی اتخاذ مجازات‌های توان‌گیر نسبت به شخص تروریست یا مشکوک به آن و بازگشت به سزاگرایی مطلق نسبت به آن بوده است؛ غافل از اینکه تمرکز زیاد بر معلول (تروریسم)، مانعِ توجه سیاست‌گذاران کیفری از شناسایی و مواجهه با محرک‌های شدیدی که برخی از مسلمانان کج‌اندیش و منحرف را گرفتار افراطی‌گری و تکفیر کرده، شده است. ازاین‌رو، یکی از بهترین و مؤثرترین راه‌ها برای جلوگیری از وقوع این مشکل اساسی، شناخت انگیزه‌های جرم‌زا و مهار آن‌ها است که مقدمهٔ پیشگیری بسیاری از جرایم عمدی خواهد بود. انگیزه‌های مذهبی به‌عنوان محرکی قدرتمند، نقش بسیار کلیدی در ارتکاب جرایم در قالب تروریسم ایدئولوژیک ایفا می‌کنند. در این زمینه، نظر مشاور ویژهٔ دبیر کل سازمان ملل متحد در امور پیشگیری از نسل‌کشی به‌عنوان یکی از نتایج عمدهٔ تکفیر، قابل توجه است. وی راه پایدار پیشگیری از نسل‌کشی

را، مبارزه با علل درگیری‌های مبتنی بر آن دانسته است (جاویدزاده، ۱۳۹۰، ۳۲ و ۳۳).

این انگیزه‌های مذهبی و به‌طور کلی افراط‌گرایی‌هایی که به نام اسلام صورت می‌گیرد در قالب تکفیر دیگران متبلور و با ترورِ غیرهم‌کیشانِ تکفیرگر، عیان و عملیاتی می‌شود. بنابراین، بهترین راه برای دستیابی به یک پیشگیریِ مؤثر و چشمگیر از تروریسم، جلوگیری از تبدیل نیروهای تکفیری به نیروهای تروریستی خواهد بود و این راه جز از طریق ورود قانون به این مرحله میسر نخواهد شد. قانون‌گذاری در این مرحله (پیش از تبدیل شدن تکفیرگر به تروریست)، به دو صورت پیشگیری غیرکیفری و کیفرگذاری متصور است؛ یعنی سیاست‌گذاران کیفری در چارچوب قانون می‌توانند با به‌راه‌اندازیِ سازوکارهای غیرکیفری در قالب پیشگیری‌های اجتماع‌مدار و رشدمدار تا حد بسیار زیادی از پیوستنِ آن تعداد از افراطیونی که مستعدِ تکفیر دیگران هستند، به گروه‌های تروریستی فعال، جلوگیری به‌عمل آورند و از طرف دیگر، با پیش‌بینیِ کیفر برای تکفیریان فعالی که هر لحظه ممکن است اندیشه‌شان به عمل مبدل شود، می‌توانند ابتدا پیشگیریِ منفعل و در مراحل بعدی که تکفیر وی در قالب بیان ابراز شد، با اعمال مجازات، از جرایم گستردهٔ آن‌ها جلوگیری به‌عمل آورند. ناگفته نماند که مجازات آن‌ها به معنای توقفشان در کارگاه‌های بازآموزی تعالیم اسلام ناب و بازسازی عقاید منحرف‌شدهٔ آن‌هاست و نه صرفاً سلب آزادی. این نوع واکنش در مواجههٔ امیرالمؤمنین (ع) با تکفیریانِ خوارج نیز قابل ملاحظه است.

لیکن گرایش نظام‌های حقوقی برای تعیین مجازات و به عبارت بهتر، جرم‌انگاری در هر رفتاری متفاوت است. جرم‌انگاری تکفیر نیز از این قاعده مستثنی نیست، و لذا این تجریم باید از سوی نظام حقوقی موجه به‌نظر برسد و از چنان مصلحتی برخوردار باشد که در تقابل با گونهٔ تمامیت‌خواه آزادی‌های فردی بتواند توجیه‌گرِ اعمال محدودیت باشد. بر اساس این مبنا، کاوش در مشهورترین مبانی فلسفی، یعنی حمایت از فردِ مرتکب (پترنالیسم)[۱]؛ حمایت از اخلاق متعارف (اخلاق‌گرایی)؛ حمایت از غیر (اصل ضرر)؛ حمایت از دین، نفس، نسل، عقل، مال (کلیات پنج‌گانه حیات انسانی) و نظم عمومی و قرار دادن تکفیر در چارچوب‌های نظریِ این مبانی، نشان داد که جرم‌انگاری تکفیر قابل توجیه است و بنابراین می‌توان

۱. Petranalism

قانون‌گذار را- با هر گرایشی- در این جرم‌انگاری قانع کرد.

منابع و مآخذ

الف) فارسی

۱. آرگراس، داگاس و کپیوزی، دیوید (۱۳۸۶)، «رهیافت‌هایی به پیشگیری»، مترجم: محمود مهدوی، ***مطالعات پیشگیری از جرم***، سال دوم، شمارهٔ ۵.

۲. آقابابایی، حسین و رضایی زادفر، بهناز (۱۳۹۳)، «جرم‌انگاری اعتیاد به مواد مخدر در پرتو اصل پدرسالاری حقوقی»، ***مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی***، دورهٔ اول، شمارهٔ ۱.

۳. استوارت، هیمیش (۱۳۹۲)، «***محدوده‌ی اصل زیان در جرم‌انگاری***»، مترجم: علی شجاعی، دایره‌المعارف علوم جنایی، مجموعه مقاله‌ها، زیر نظر علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ اول، تهران: میزان.

۴. اصغری، عبدالرضا و روستائی، سجاد (۱۳۹۵)، «تکفیر؛ از مبانی ممنوعیت فقهی تا ضرورت جرم‌انگاری»، ***آموزه‌های حقوق کیفری***، شمارهٔ ۱۱.

۵. توکلی، فاطمه و آقابابایی، حسین و شاه ملک‌پور، حسین (۱۳۹۴)، «مبانی دینی و اصول جرم‌انگاری توهین به مقدسات و چالش‌های فرارو»، ***پژوهشنامهٔ حقوق کیفری***، سال ششم، شمارهٔ ۲.

۶. جاویدزاده، حمیدرضا (تابستان ۱۳۹۰)، «سیاست‌های پیشگیرانهٔ سازمان ملل متحد در قبال نسل‌کشی»، ***فصلنامهٔ پژوهشی حقوق***، سال سیزدهم، شمارهٔ ۳۳.

۷. جمالی، جواد (۱۳۹۰)، «مدل تئوریک تحلیل افراطی‌گری»، ***آفاق امنیت***، شمارهٔ ۱۲.

۸. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۶)، ***شریعت در آئینه معرفت***، محقق: حمید پارسانیا، چاپ پنجم، قم: إسراء.

۹. حسینی، سید محمد (۱۳۹۴)، ***سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران***، چاپ چهارم، تهران: سمت.

۱۰. خلیلی، مریم و پورسعید رامین (۱۳۹۱)، «نقدی بر حکم قطع دست سارق، براساس تعمیم نظریه‌ی مقاصد شریعت»، ***پژوهش‌نامه فقه و حقوق اسلامی***، سال پنجم، شمارهٔ ۱۰.

۱۱. دارابی، شهرداد (۱۳۹۵)، ***پیشگیری از جرم در مدل مردم‌سالار سیاست جنایی***، چاپ اول، تهران: میزان.

۱۲. راسخ، محمد و بیات کمیتکی، مهناز (زمستان ۱۳۹۰)، «مفهوم مصلحت عمومی»، ***تحقیقات حقوقی***، شمارهٔ ۵۶.

۱۳. روستایی، مهرانگیز (۱۳۹۴)، «مقایسهٔ تطبیقی اصل ضرر و قاعدهٔ لاضرر در توجیه مداخلهٔ کیفری»، ***پژوهش‌های حقوق تطبیقی***، دورهٔ نوزدهم، شمارهٔ ۲.

۱۴. رشاد، علی‌اکبر (۱۳۸۰)، ***دانشنامه امام علی(ع)***، سازمان چاپ و انتشارات فرهنگ و ارشاد اسلامی.

۱۵. رستمی، هادی (۱۳۹۳)، «جرم‌انگاری و کیفرگذاری در پرتو اصول محدودکننده‌ی آزادی در نظریه‌ی لیبرال»، ***پژوهشنامه حقوق کیفری***، سال پنجم، شمارهٔ ۱.

۱۶. ریسونی، احمد (۱۳۷۶)، ***اهداف دین از نگاه شاطبی***، مترجم: سید حسن اسلامی و سید محمدعلی احمدی ابهری، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

۱۷. سابر، پتر (۱۳۸۸)، «پدرسالاری حقوقی»، مترجم: جلال‌الدین قیاسی و فهیم مصطفی زاده، ***مجلهٔ حقوق اساسی***، سال ششم، شمارهٔ ۱۱.

۱۸. سبحانی، جعفر (۱۳۷۴)، ***فروغ ولایت تاریخ تحلیل زندگانی امیرالمومنین علی(ع)***، چاپ چهارم.

۱۹. شیخ، سعید و جمشیدی راد، محمدصادق (بهار ۱۳۹۳)، «اصول کاربردی جرم‌انگاری در رحم جایگزین»، ***فصلنامهٔ حقوق پزشکی***، سال هشتم، شمارهٔ ۲۸.

۲۰. طباطبایی، محمدحسین (۱۳۷۴)، ***تفسیر المیزان***، مترجم: سید محمدباقر موسوی همدانی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۲۱. طباطبایی، محمدحسین (۱۳۸۷)، ***روابط اجتماعی در اسلام به ضمیمه چند رسالهٔ دیگر***، قم: بوستان کتاب.

۲۲. عباچی، مریم (بهار ۱۳۸۸)، «جرم‌های مبتنی بر نفرت»، ***تازه‌های علوم جنایی*** (مجموعه مقاله‌ها)، زیر نظر علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: میزان.

۲۳. علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۴)، «فقه و مقاصد شریعت»، ***فقه اهل بیت (ع)***، شمارهٔ ۴۱.

۲۴. عمید، حسن (۱۳۷۷)، ***فرهنگ عمید***، چاپ نوزدهم، تهران: امیرکبیر.

۲۵. عیسی‌زاده، خالد (پاییز ۱۳۹۴)، «نفی خشونت و تکفیر در اسلام»، ***حبل‌المتین***، سال چهارم، شمارهٔ ۱۲.

۲۶. گوتمان، توماس و خدادادی، سید بهمن (تابستان ۱۳۹۵)، «جستاری در کارکرد باوری نرم دین در امور کیفری (مطالعهٔ موردی دستگاه قضایی ایالات متحدهٔ امریکا)»، ***پژوهش حقوق کیفری***، سال چهارم، شمارهٔ ۱۵.

۲۷. متولی‌زاده نائینی، نفیسه (تابستان ۱۳۸۶)، «پیشگیری رشدمدار (زودرس)»، ***مطالعات پیشگیری از جرم***، سال دوم، شمارهٔ ۲.

۲۸. محصلی، هدایت‌حسین (تابستان ۱۳۹۱)، «جایگاه مقاصد شریعت در استنباط احکام فقهی»، ***کوثر معارف***، سال هشتم، شمارهٔ ۲۲.

۲۹. محمودی جانکی، فیروز (۱۳۸۶)، «مبنای فلسفی منع حقوقی و کیفری ایراد ضرر به خود (مطالعهٔ موردی الزام استفاده از کمربند و کلاه ایمنی در رانندگی)»، فصلنامهٔ حقوق، ***مجلهٔ دانشکده حقوق و علوم سیاسی***، سال سی و هفتم، شمارهٔ ۱.

۳۰. مطهری، مرتضی (۱۳۵۱)، ***نظام حقوق زن در اسلام***، چاپ اول، بی‌جا، تهران: انتشارات صدرا.

۳۱. موراوتز، توماس (۱۳۸۷)، ***فلسفهٔ حقوق (مبانی و کارکردها)***، مترجم: بهروز جندقی، چاپ اول، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

۳۲. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین (۱۳۸۰-۱۳۷۹)، ***تقریرات درس جرم‌شناسی***، دورهٔ کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، تدوین: محمدحسین شاملو احمدی، نیمسال نخست.

۳۳. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین و هاشم بیگی، حمید (۱۳۹۵)، ***دانشنامهٔ جرم‌شناسی***، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.

۳۴. نصیری، محمد (۱۳۷۲)، ***حقوق بین‌الملل خصوصی***، چاپ اول، تهران: آگاه.

۳۵. نظری توکلی، سعید (۱۳۸۱)، ***پیوند اعضاء در فقه اسلامی***، چاپ اول، مشهد: بنیاد پژوهش‌های آستان قدس رضوی.

۳۶. نظری، علی‌اشرف (پاییز ۱۳۹۴)، «تروریسم جهش‌یافته و ظهور تهدید بنیادین مطالعه‌ی داعش»، ***حبل‌المتین***، سال چهارم، شمارهٔ ۱۲.

۳۷. نوبهار، رحیم و صفاری، فاطمه (بهار ۱۳۹۵)، «رعایت مصالح بزه‌دیده در جرم‌انگاری»، ***مجلهٔ حقوقی دادگستری***، سال هشتادم، شمارهٔ ۹۳.

۳۸. هارت، هربرت (۱۳۸۸)، ***آزادی، اخلاق، قانون، درآمدی بر فلسفه‌ی حقوق کیفری و عمومی***، مترجم: محمد راسخ، چاپ اول، تهران: طرح نو.

۳۹. همپتن، جین (۱۳۸۰)، ***فلسفهٔ سیاسی***، مترجم: خشایار دیهیمی، چاپ اول، تهران: طرح نو.

ب) عربی

۴۰. البدوی، یوسف احمد محمد (۲۰۰۰م)، ***مقاصد الشریعهٔ عند ابن تیمیه***، اردن: دارالنفائیس.

۴۱. الغزالی الطوسی، محمدبن محمد (۱۴۱۷ق)، ***المستصفی فی علم الاصول***، طبع اول، بیروت: موسسه الرسالهٔ.

۴۲. جوینی، ابوالمعالی (۱۴۰۰ق)، ***البرهان فی اصول الفقه***، محقق: عبدالعظیم الدیب، طبع دوم، قاهره: دارالانصار.

۴۳. رازی، فخرالدین (۱۴۱۲ق)، ***المحصول فی علم الاصول***، طبع دوم، بیروت: موسسهٔ الرسالهٔ.

۴۴. سیوطی، جلال‌الدین (بی‌تا)، ***تنویرالحوالک، شرح موطأ الامام مالک***، بی‌جا، مطبعهٔ مصطفی محمد.

۴۵. عاملی، محمدبن مکی (بی‌تا)، **القواعد و الفوائد**، قم: مکتبهٔ المفید.

۴۶. علم‌الهدی، سید مرتضی (۱۳۴۶)، ***الذریعهٔ الی اصول الشریعهٔ***، تصحیح و تعلیق: ابوالقاسم گرجی، تهران: دانشگاه تهران.

۴۷. کلینی، ابوجعفر محمدبن یعقوب (۱۴۰۷ق)، ***الکافی***، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الإسلامیهٔ.

۴۸. موسوی خمینی، سید روح‌اللّه (بی‌تا)، ***القواعد الفقهیهٔ و الاجتهاد و التقلید (الرسائل للإمام الخمینی)***، چاپ اول، قم: مؤسسهٔ مطبوعاتی اسماعیلیان.

ج) فرانسوی

49.Durkheim, E. (1968), ***Le regle de la methode sociologie***, Paris.

Excommunication: from Growth Prevention to Philosophical Justification of Criminality

S. Danesh Ara[1]

S.S. Kazemi[2]

Abstract

Excommunication, in the sense of denying the infidel, in its extreme sense, is associated with the exhilarated 'mahdoraddam', an act that has become a global dilemma of ideological terrorism and has pushed national and international criminal and preventive national and international counter-terrorism measures to combat this phenomenon. In this situation, due to the defeat of defenseless criminal policies in the fight against ideological terrorism, it is necessary to focus the attention of the criminal policy makers on the cause of the emergence of terrorism (that is, extremism in the form of excommunication). In this regard, those extremists who are susceptible to excommunication can be restrained through non-refoulement, and they control the other, who have stumbled on the brink of victimization, through the rebellion and the threat of punishment. Therefore, it is necessary to transcend this phenomenon from the measures of the philosophical basis of criminality in order to convince the legislature to legally ban excommunication as the main driving force of contemporary terrorism. Therefore, the present paper initiates a non-refoulement prevention to prevent excommunication. Then it justifies adherence of excommunication on the basis of the philosophical principles of criminality, to prevent the transformation of active ex-communication forces into terrorist elements.

Keywords; Excommunication, Criminality, The philosophical basis of criminality.

1 . Graduated from Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran sajadroostaei69@gmail.com

2 . Assistant Professor Malayer University (Corresponding Author) sskazemi92@malayeru.ac.ir

Juridical and Legal Review of Sanction of Agents' Misfeasance from Limit of Authorities Related to the Dowry in Permanent Marriage

S.M.M. Ghaboli Dorafshan[1]
S.M.H. Ghaboli Dorafshan[2]
M.T. Nadi[3]

Abstract

From the viewpoint of Iranian law, in some cases marriage contracts may be concluded by a lawyer or legal agent, and the agent must act within the framework of his contractual and legal authority. As a rule, in the assumption of the representative's involvement in the conclusion of a permanent marriage, one of the issues mentioned in the marriage contract is dowry. Now the question is what the sanction of misfeasance of the agent of the authorities about the dowry is. This research has examined the issue from the juridical and legal point of view through an analytical-descriptive method. The results of this research indicate that there is a difference among the jurists in this regard and in the opinion of the majority of jurists, the contract and dowry form an ideal unit and the misfeasance of the dowry leads to the ineffectiveness of the principle of marriage contract. The Iranian legislator has only expressed opinion in the case of a lawyer's misfeasance of the dowry which makes the marriage ineffective in Article 1073, and is silent about other representatives. It is believed that the acceptance of the ideal separation between contract and dowry is stronger. As a result, the agent's misfeasance can't lead to lack of influence of the principle of the marriage contract. Therefore, it is suggested that the legislator amend article 1073 of the Civil Code and accept the effect of the marriage contract on the assumption of agents' misfeasance of dowry and also make clear comments on other delegates' agents.

Key words: Representation in marriage, Misfeasance of the dowry, Article 1073 of the Civil Code, Contract parents, Unity and multiplicity of demand.

1. Associate Professor, Department of Private Law, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran (Corresponding Author) ghaboli@um.ac.ir
2. Assistant Professor Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad – Iran h.ghaboli@um.ac.ir
3. Graduated from Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran nadi@mail.um.ac.ir

An Investigation of Compatibility of the Islamic Declaration with the Universal Declaration of Human Rights Based on Margin of Interpretation Doctrine

M. Fazaeli[1]

S. Rezazadeh[2]

Abstract

Since its adoption in 1948, the Universal Declaration of Human Rights has moved along the path of universalism and, in the context of diversity-based approaches, the Vienna Declaration in 1993 clearly affirmed its universality. The Declaration of Human Rights has led to different reactions among Islamic thinkers. One group believed that the provisions of this Declaration were in accordance with Islamic texts and resources, while others were criticizing it from the Islamic Shari'a perspective; a group in the midst of this spectrum believed in the combination of Islamic doctrine and the provisions of the Declaration. Among the third group, there are some who believe that by revising religious texts one can reconcile Islam and human rights so that the Islamic readings of human rights can be accepted as a margin of interpretation. This article examines the Islamic Declaration of Human Rights (Cairo Declaration) as the margin of the interpretation of the Universal Declaration of Human Rights. This paper indicates that the above proposition cannot be right; on the one hand, in spite of a large number of commonalities, there is a fundamental distinction; on the other hand, it is not possible to think of a hierarchical relationship between the Islamic Declaration and the Universal Declaration.

Keywords: Universal Declaration of Human Rights, Universality, Cultural Diversity, Margin of Interpretation, Declaration of Human rights in Islam.

1. Associate Professor Qom University, Qom-Iran (Corresponding Author) fazaeli2007@gmail.com

2 PhD student, Qom University, Qom – Iran s.rezazadeh@stu.qom.ac.ir

Reviewing the Course of Unauthorized Verdicts in Permissible Legal Actions in Iranian Law and Jurisprudence

H. Khoubyari[1]

S.M.S. Tabatabaei[2]

Abstract

The existence of the articles related to unauthorized transaction in general regulations of the contracts has made some opine that the verdicts on unauthorized transactions can be generalized to all contracts. The application of the aforesaid statement to the permissible contracts has been doubted by some subsequent jurisprudents. Some have questioned the power of permission for the creation of a contract and have considered all the permissible contracts as a sort of unilateral action of valid consequences. Others have decreed that permission is a sort of legal incident. These perspectives have made the course of verdicts on unauthorized transactions face problems in regard of permissible legal actions. Exploring the concept, types and effects of permissible actions, the authors believe that permission is a constituent of consent in the process of formation of will that would exemplify a legal action if ending in the intention for contract conclusion. The unauthorized stream in permissible legal actions is feasible in case that the outcome of the unauthorized action could be ascribed to the permission. Therefore, the subject of permission should be a property belonging to the permission or its attribution to the permission party has to have been intended by the parties.

Keywords: Pure permission, Unauthorized permissible contract, Unauthorized permissible unilateral action of valid consequence, Ratification.

1. PhD Student in Private Law, University of Isfahan, Isfahan-Iran h.koubyari@gmail.com
2. Associate Professor, University of Isfahan, Isfahan-Iran (Corresponding Author) tabatabaei@ase.ui.ac.ir

An Investigation of Noshuz and Ways to Deal with It

M. sherbafchyzadeh[1]

S. Sadeghi Fasaei[2]

T. Shakeri Golpayegani[3]

H. Azari[4]

Abstract

Legal system can interfere in human relationships to support fixed rights. Islamic law and jurisprudence, in their entirety and in regulating human relationships in the field of social interactions, have an identity based on equity and positive discrimination in obtaining right and protecting vulnerable rights in unequal situations. In the context of family relationships, the benefit of men and women of sexual and emotional rights is emphasized and receives legislative support. However, in the exercise of these rights, in the event of every kind of violence on the part of man, the guarantee of criminal-law enforcement is required in addition to the civil performance guarantee. However, violation of men's sexual and emotional rights and the abuse of men by women require civil rather than criminal penalties. Also, breaking men's sexual and emotional rights and violence by woman require a guarantee of civil performance, but it does not require a criminal sanction. Furthermore, in sexual crimes, despite equal rights and duties, supporting discrimination is evident in responding to women's sexual crimes. However, criminal responses to female delinquents are largely devoid of discriminatory aspects. The present study was conducted through an analytical-deductive, document-based method. It has explained the attitude based on the equality and equality of jurisprudence and Islamic law in marital relations and shows its support for women in this area.

Keywords: Good companionship, Male disobedience, Sexual and emotional rights, Unequal gender situations, Fixed rights.

1. PhD student of Tarbiat Modares University, Tehran-Iran m.sharbafchy@gmail.com
2. Associate Professor, University of Tehran, Tehran-Iran (Corresponding Author) ssadeghi@ut.ac.ir
3. Assistant Professor Tarbiat Modares University, Tehran-Iran t.shakeri@modares.ac.ir
4. Assistant Professor Tarbiat Modares University, Tehran-Iran h.azari@modares.ac.ir

Reaserch on Position of the United Nations Security Council of Foreign Fighters

H. Savari[1]
Y. Seydi[2]
N. Sargeran[3]
F. Mousavizadeh Jazayeri[4]

Abstract

Although the United Nations Security Council is a political entity, due to the obligation of all member nations under article 25 of the United Nations Charter, its decisions have implications for international law, especially counter-terrorism law. This is so evident that some experts in the subject of counter-terrorism consider the council as a global legislature. By making various resolutions, the Security Council takes into account the new aspects of the issue of terrorism, and makes decisions. One of the new issues in the area of terrorism has to do with foreign terrorist fighters. Presence of the foreign fighters in the armed conflicts is not a new problem, but in recent years their joining to the terrorist groups has highlighted this problem. For this reason, the Security Council has addressed the issue of foreign fighters in a number of resolutions such as 2178, but the question is why the presence of foreign fighters in conflict zones including in Syria has not still stopped. Apparently, the Security Council's resolutions on this issue do not seem to be effective, due to lack of transparency. Therefore, the present paper uses a descriptive-analytic method, investigates the historical origins and concept of the foreign fighter and assesses the Security Council's anti-terrorism resolutions concerning the issue of warriors; then, it analyzes the position of the Council in this regard. Eventually, this article addresses the ineffectiveness of the decisions of the Security Council on the issue of terrorism, especially foreign fighters.

1. Assistant Professor Tarbiat Modares University, Tehran-Iran (Corresponding Author) h_savari80@yahoo.com
2. Graduated from Tarbiat Modares University, Tehran-Iran yoones.seydi94@gmail.com
3. Graduated from the University of Tehran, Tehran-Iran nasersargeran@gmail.com
4. Graduated from Qom University, Qom-Iran fateme.musavi99@gmail.com

Keywords: Security Council, Terrorism, Foreign fighter, Armed confilict, Foreign terrorist fighter**.**

Relationship between Ordering to the Virtue and the Political Interests of the Islamic System

A.H. Rezaei Rad[1]

Abstract

In the jurisprudential and religious works of Islam and even in all religions, the necessity and importance of the two rules – ordering to the virtue and discouraging from the vice - have been particularly emphasized. This has usually been labelled with other titles such as social monitoring and the preservation of values and norms. However, the guarantees of implementing this principle and the challenges facing its implementation have received little attention. Given that an overwhelming majority of vices fall within the remit of the government, and the work of those encouraging virtues conflicts with the tasks of the state, this study tries to address the challenges facing the general implementation of this principle. Hence, five major challenges regarding the relationship between ordering to the virtues and the political interests of the Islamic system are discussed: 1. Lack of responsibility 2. Chaos and system disorder 3. Conflict of truth and interest 4. Interference with government work 5. Risk of religious disputes.

Keywords: Virtue, Denial, Accountability, System, Government, Expediency, Differences.

1. Associate Professor Shahid Chamran University of Ahvaz, Ahvaz – Iran ahrr39@scu.ac.ir

An Investigation of Factors and Order of Transformation of Situation Related to the Conditions of Endowment and its Management in Jurisprudence and Law of Iran

M. M. Meghdadi[1]

Z. Fahimi[2]

Abstract

Dedication is one of the properties of legal and economic systems in Islam. Endowments, like other things, may not be viable or productive over time or because of changes in human life, or they may be on the verge of being destroyed, which must then be resolved. Therefore, endowment conversion in such a situation is one of the effective ways which has been discussed in this article. From the point of view of jurists and materials of civil law, it can be assumed that the principle of endowment is unlawful unless it is permitted to do so and the civil law states that it follows their jurisprudence. The traditions, wisdom and jurisprudence of "our supreme authority" are among the most important principles of the endowment conversion license, according to which the endorsement of the endowment into primary and secondary reasoning is unique. Consuming is a great endowment of the primary evidence. But the secondary evidence comes from the needs of time and the interests of society, most of which are due to the implementation of public projects. Ownership of endowment interest in public projects, non-selling and transformation and legalization of endowment ownership are among the endowment challenges in public projects.

Key words: Endowment, Conversion, Primary evidence, Secondary evidence, Jurisprudence, Islamic law.

1. Associate Professor Sheikh Mofid University, Qom - Iran (Corresponding Author) mmeghdadim@gmail.com

2 Graduated from Sheikh Mofid University, Qom, Iran z.fahimi44@gmail.com

Position and Criterion of Expediency in Child Labor

H. Javar[1]

F. Monazzami[2]

Abstract

A large number of rules are set out on the basis of current interests and disadvantages of the related matters. However, sometimes it seems that some rules need to be preserved. Due to its connection with weak party (the child), the child's occupation, besides its educational advantages, has an unbreakable relationship with the unavoidable interest of the child. The fundamental interest of the child's occupation requires that the guardian's authority be central and bound to it. In order to preserve the interests of the weak party, it seems that child's occupation should be authorized when an important "interest" like the child's education, physical power, age, and other circumstances and situations requires it, and the mere "absence of disadvantage" seems not sufficient. In addition, the conditions and dimensions of the occupation should take into consideration the higher interests of the child. The present article reviews the role of expediency in setting out the rules and the effects of child's occupation.

Keywords: Child, Occupation, Expediency, Parent, Corrupted.

1. Assistant Professor, University of Tehran, Tehran-Iran (Corresponding Author) hjavar@ut.ac.ir
2 PhD student of Semnan University, Semnan – Iran f_monazzami@semnan.ac.ir

An Investigation of the Mechanisms of Fair Legal Procedure in the Regulations of Professional Systems in Iran

R. Parastesh[1]
S. Khosravi Danesh[2]

Abstract

The various advances of human beings and specialization have given rise to new realms of human activity. It has created in society and therefore has necessitated the emergence of professional systems. In line with the principle of the rule of law, each of these systems is subject to specific professional regulations, which, on the one hand, express the current trends of that profession and, on the other hand, deal with possible violations by members of the profession and their performance guarantees. The investigation of violations and the determination of the guarantees of the cases are carried out by quasi-judicial authorities, whose performance is important from the perspective of observing the important measure of fair trial. This descriptive-analytical research seeks to examine the principles of the rules of substantive measure of fair trial in the regulations of Iranian professional systems. Fair trial is one of the most important legal terms that has many practical implications for protecting the fundamental rights of both parties to the proceedings and to the community. The right to choose a lawyer, the right to remain silent, the right to defend oneself, etc., are the manifestations of a fair trial that must be exercised at various stages of the proceedings. The principle of innocence, the principle of legality of crime and punishment, and the prohibition of double punishment are some of the most important principles of the substantive rules of fair trial. The study found that under some professional regulations, fair trial principles were not explicitly accepted, and this shortcoming should be considered in future reviews. Until then, quasi-judicial authorities, which, in accordance with the regulations of the professional systems, are committed to the commission of a violation and guarantee its enforcement, must be diligent in enforcing the substantive rules of fair trial.

Key Words: Fair Trial, Principles of Trial, Professional System, Essential Rules, Quasi-Judicial Authorities.

1. Instructor, University of Guilan, Gilan-Iran (Corresponding Author) parastesh@guilan.ac.ir
2 Graduated from Islamic Azad University, Anzali Branch, Anzali-Iran
sahar.danesh.khosravi@gmail.com

Convergence in Option as a Longitudinal or Excessive Distortion Based on the General Theory of 'Arsh' in Contracts in Imamieh Jurisprudence and Iranian Law

H.R. Behrozizad[1]

N.A. Almasi[2]

Abstract

In the longitudinal and transversal terms of the client's option, there is a fundamental difference between Islamic jurisprudents who come from different Islamic cultures. This article presents the views of Islamic religions and Iranian law in this regard. Based on the general theory of 'arsh' in the contracts, we have provided an analysis that describes health as a prominent feature. The main contribution of the present article is that if the seller does not fulfill this obligation and does not submit the goods in accordance with the contract, he must compensate. It is the same general theory of arsh, and, of course, it is the seller's right whether to choose termination or demand report.

Keywords: Ta'kheer, Default option, General theory of 'arsh', Islamic religions.

1. Assistant Professor Maziar Non-Profit Higher Education Institute (Corresponding Author) behroozi_hamidreza@yahoo.com

2 Professor, University of Tehran, Tehran-Iran nalmasi@ut.ac.ir

Religious Foundations of State's Civil Responsibility Regarding Cultural Affairs

A. Arzhang[1]

S. Rasooli Jazi[2]

Abstract

If cultural and social institutions cannot play their roles appropriately in order to provide cultural rights, social norms and cultural values will be affected and there will be widespread changes in the lifestyles of influential people in society. In fact, not only will the spiritual and religious rights of citizens not secured, but also they will be disrupted; this is the result of irreparable spiritual and cultural losses .In addition, while in some cases, the hypothesis of the responsibility of public social institutions has been accepted, in other very important cases, such as culture, this hypothesis requires the production and explanation of research theories. In other words, when a government takes over the system of society and nation, any misconduct in social and legal affairs at a macro level is due to its lack of deception, whether it results from improper regulation or non-regulation and non-fulfillment. This descriptive-analytic research attempts to outline the jurisprudential and legal issues of the state's responsibility, such as the rule of law, the theory of fault and the guarantee of the right .Considering the scope of civil responsibility of state in cultural affairs and mechanisms of compensating moral losses, this research attempts to base the theory on a regular and unitary model and introduce relevant challenges for future research.

Keywords: Government, Civil responsibility, Cultural affairs, Spiritual rights.

1. Associate Professor Meybod University, Yazd-Iran (Corresponding Author) arzhang1345@gmail.com

2 Graduated from Meybod University, Yazd-Iran sajjad75jaze@gmail.com

Table of Contents

1. *Religious Foundations of State's Civil Responsibility Regarding Cultural Affairs*

A. Arzhang; S. Rasooli Jazi 1-29

2. *Convergence in Option as a Longitudinal or Excessive Distortion Based on the General Theory of 'Arsh' in Contracts in Imamieh Jurisprudence and Iranian Law*

H.R. Behrozizad; N.A. Almasi..... 31-50

3. *An Investigation of the Mechanisms of Fair Legal Procedure in the Regulations of Professional Systems in Iran*

R. Parastesh; S. Khosravi Danesh..... 51-76

4. *Position and Criterion of Expediency in Child Labor*

H. Javar; F. Monazzami 77-101

5. *An Investigation of Factors and Order of Transformation of Situation Related to the Conditions of Endowment and its Management in Jurisprudence and Law of Iran*

M. M. Meghdadi; Z. Fahimi 103-130

6. *Relationship between Ordering to the Virtue and the Political Interests of the Islamic System*

A.H. Rezaei Rad.....131-155

7. *Reaserch on Position of the United Nations Security Council of Foreign Fighters*

H. Savari; Y. Seydi; N. Sargeran; F. Mousavizadeh Jazayeri.....156-182

8. *An Investigation of Noshuz and Ways to Deal with It*

M. Sherbafchyzadeh; S. Sadeghi Fasaei; T. Shakeri; H. Azari.....183-202

9. *Reviewing the Course of Unauthorized Verdicts in Permissible Legal Actions in Iranian Law and Jurisprudence*

H. Khoubyari; S.M.S Tabatabaei.....203-226

10. *An Investigation of Compatibility of the Islamic Declaration with the Universal Declaration of Human Rights Based on Margin of Interpretation Doctrine*

M. Fazaeli; S. Rezazadeh 227-255

11. *Juridical and Legal Review of Sanction of Agents' Misfeasance from Limit of Authorities Related to the Dowry in Permanent Marriage*

S.M.M. Gaboli Dorafshan; S.M.H. Gaboli Dorafshan. M.T. Nadi 257-294

12. *Excommunication: from Growth Prevention to Philosophical Justification of Criminality*

S. Danesh Ara; S.S. Kazemi.....295-316

Abstracts 317-328

Journal of

Contemporary Legal Studies

(Approved Scientific based Journal)

University of Tabriz
Director: R. Sokuti Nasimi (Ph.D)
Editor-in-Chief: E. Shoarian Sattari (Ph.D)

Editorial Board

Dr. Mohammad Ali Ardebili	Professor, Shahid Beheshti University
Dr. Rabia Eskini	Professor, Mofid Research
Dr. Heydar Bagheriasl	Professor, University of Tabriz
Dr. Mohammad Reza Pasban	Associate Professor, Allameh Tabataba'i University
Dr. gholamreza Haji Nouri	Assistant Professor, University of Tabriz
Dr. Abolfath Khaleghi	Associate Professor, Qom University
Dr. Mehrab Darabpour	Professor, Shahid Beheshti University
Dr. Aahmad deilami	Associate Professor, Qom University
Dr. Ismail Rahiminejad	Associate Professor, University of Tabriz
Dr. Reza Sokuti Nasimi	Professor, University of Tabriz
Dr. Ebrahim Shoarian Sattari	Professor, University of Tabriz
Dr. Morteza Shahbazinia	Associate Professor, Tarbiat Modares University
Dr. Bijan Abbasi	Associate Professor, University of Tehran
Dr. Seyyed Mohammad Taghi Alavi	Professor, University of Tabriz
Dr. Hosein Fakr	Associate Professor, University of Tabriz
Dr. Mohammad Reza Mojtehedi	Professor, University of Tabriz

Persian Editor: Mandana Nematnezhad
English Editor: Dr. Davood Kuhi
Executive Manager: Abbas Yeganeh
Typist: Shirin Zamani

Address
Faculty of Law and Social Sciences University of Tabriz, 29 Bahman Blvd., Tabriz, Zip Code: 5166616471, Iran
E-mail: Tabrizulaw@Gmail.com
Tel: 041-33392262 Fax: 041-33356013

University of Tabriz

Journal of

Contemporary Legal Studies

(Approved Scientific based Journal)

Year. 10 - No. 19

Autumn - Winter 2020

University of Tabriz

Contemporary Legal Studies

Year. 10, No. 19, Autumn - Winter 2020

- *Religious Foundations of State's Civil Responsibility Regarding Cultural Affairs*
  A. Arzhang; S. Rasooli Jazi
- *Convergence in Option as a Longitudinal or Excessive Distortion Based on the General Theory of 'Arsh' in Contracts in Imamieh Jurisprudence and Iranian Law*
  H.R. Behrozizad; N.A. Almasi
- *An Investigation of the Mechanisms of Fair Legal Procedure in the Regulations of Professional Systems in Iran*
  R. Parastesh; S. Khosravi Danesh
- *Position and Criterion of Expediency in Child Labor*
  H. Javar; F. Monazzami
- *An Investigation of Factors and Order of Transformation of Situation Related to the Conditions of Endowment and its Management in Jurisprudence and Law of Iran*
  M. M. Meghdadi; Z. Fahimi
- *Relationship between Ordering to the Virtue and the Political Interests of the Islamic System*
  A.H. Rezaei Rad
- *Reaserch on Position of the United Nations Security Council of Foreign Fighters*
  H. Savari; Y. Seydi; N. Sargeran; F. Mousavizadeh Jazayeri
- *An Investigation of Noshuz and Ways to Deal with It*
  M. Sherbafchyzadeh; S. Sadeghi Fasaei; T. Shakeri; H. Azari
- *Reviewing the Course of Unauthorized Verdicts in Permissible Legal Actions in Iranian Law and Jurisprudence*
  H. Khoubyari; S.M.S Tabatabaei
- *An Investigation of Compatibility of the Islamic Declaration with the Universal Declaration of Human Rights Based on Margin of Interpretation Doctrine*
  M. Fazaeli; S. Rezazadeh
- *Juridical and Legal Review of Sanction of Agents' Misfeasance from Limit of Authorities Related to the Dowry in Permanent Marriage*
  S.M.M. Gaboli Dorafshan; S.M.H. Gaboli Dorafshan. M.T. Nadi 257-294
- *Excommunication: from Growth Prevention to Philosophical Justification of Criminality*
  S. Danesh Ara; S.S. Kazemi